

**“EL Daño Moral y la Legitimación Activa para  
reclamarlo”**

Tesis del Doctorado en Derecho con orientación en  
Derecho Privado  
Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales

A mi maestro, el doctor Alberto J. Bueres, a la UCES, al Licenciado  
José Fliguer, al doctor Jorge Horacio Alterini, a los doctores Fulvio  
Santarelli y Silvina Lucero, a mis padres, a mis alumnos, a todos los  
que confiaron en mí,  
y al doctor Pablo Miguel Abal Medina.

Graciela Ritto

## Indice:

- **Introducción**
- **Concepto de Daño Moral**
- **La Evolución Histórica del Daño Moral en la Legislación Argentina**
- **Acerca de la reparación del Daño Moral**
- **La cuantificación del Daño Moral**
- **Comentario del Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F.**
- **Daño Moral Contractual y Extracontractual**
- **Acerca de los pretendidos daños autónomos**
- **La problemática de la legitimación activa para reclamar Daño Moral**
- **La legitimación activa para reclamar Daño Moral en el derecho comparado**
- **La legitimación activa para reclamar Daño Moral de los concubinos**
- **Comentario del fallo de la Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II del 23/11/2004**
- **Comentario del fallo de la Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II del 26 de diciembre de 2007**
- **La legitimación activa para reclamar Daño Moral de los damnificados indirectos en la hipótesis de supervivencia de la víctima**
- **Comentario del fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires de fecha 16 de mayo de 2007**
- **El Daño Moral de las personas sin discernimiento**
- **Acerca de la legitimación activa para reclamar Daño Moral de los hermanos como damnificados indirectos**
- **La legitimación activa del Daño Moral en los Proyectos de reforma del Código Civil**
- **Algunas reflexiones finales a modo de conclusión**
- **Bibliografía General.**

## **Introducción:**

El artículo 1078 del Código Civil se enrola en una posición restrictiva en lo referido al reconocimiento de la legitimación activa.

La norma prescribe que: “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiese resultado la muerte de la víctima tendrán acción los herederos forzosos”.

Sólo se admite como legitimado al damnificado directo y si del hecho hubiese resultado la muerte de la víctima, únicamente tienen acción los herederos forzosos; de manera que quedan excluidos los concubinarios, los hermanos, la guardadora, el hijo de crianza, la novia/o y otras personas que puedan sufrir una lesión en un interés propio, en virtud de sus lazos afectivos con la víctima.

Y aún más, en el caso de la supervivencia de la víctima, afectada de discapacidad, quedan excluidos los damnificados indirectos como titulares de la acción para reclamar el resarcimiento del daño moral.

La limitación impuesta por el artículo 1078 del CC se contradice con la amplitud de la legitimación activa para reclamar daño patrimonial dispuesta por el artículo 1079 del CC, que reconoce legitimación a toda persona que por el delito hubiese sufrido, aunque sea de manera indirecta; por lo que resulta irrazonable esta solución legal, aunque su sentido sea inequívoco.

La norma que nos ocupa también se contradice con el artículo 1080 del Código Civil que prescribe que el marido y los padres pueden reclamar pérdidas e intereses por las injurias hechas a la mujer y a los hijos.

Sin lugar a dudas, es inexplicable desde el punto de vista lógico esta notoria contradicción y desde el punto de vista axiológico podríamos inferir que el Código Civil valoriza más el daño patrimonial que el daño moral y como consecuencia de ello reconoce amplitud de legitimados activos para reclamar daños patrimoniales.

En rigor de verdad, la restricción responde a la filosofía racionalista de otros tiempos, en los que se protegían los derechos absolutos a la persona y a la propiedad y sólo se consideraba daño resarcible a lesión a un derecho subjetivo o interés legítimo derivado de él.

Desde el punto de vista histórico es aún más enjuiciable el sistema vigente, dado que el artículo 1078 originario, antes de la reforma de la ley 17.711, si bien sólo reconocía daño moral si el hecho fuese un delito de derecho criminal, consagraba la legitimación amplia de los damnificados.

No podemos desconocer que nuestro Código Civil fue precursor en el reconocimiento del daño moral pero tampoco podemos ignorar que la valla impuesta por el artículo 1078 en materia de legitimación activa ha convertido a la norma en anacrónica.

El sistema actual implica la conculcación de la esencia misma del principio general de no dañar a otro, "alterum non laedere", que la Constitución Nacional establece como límite concreto de las conductas privadas individuales en su artículo 19.

El alterum non laedere también está regulado por los artículos 1109, 907, párrafo segundo, 1071, 1113, segundo párrafo, 2618, entre otros del Código Civil.

Además la norma que cuestionamos confronta con el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 16 de nuestra Carta Magna y viola lo dispuesto por el artículo 28 del mismo cuerpo legal.

Y dijimos que es anacrónica porque vulnera los preceptos constitucionales de protección de la familia: artículos 14 bis, 17, 27 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, 10 y 23 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, igualdad ante la ley (art. 16 Const. Nacional) y doctrina emanada del art. 1079, en cuanto sienta el principio general de la responsabilidad civil y a su amparo, amplía el espectro de los legitimados para reclamar por daño.

Por otra parte en un sistema de atipicidad del daño tienen que ser reconocidos los intereses simples, lícitos serios y justos y su lesión debe ser considerada daño resarcible.

Desde 1992 han sido varios los intentos de reforma del Código Civil que abordaron la modificación del texto del artículo 1078 (Comisión designada por Decreto 468/92, Comisión de Legislación General, Comisión designada por Decreto 685/95, Proyecto de la Honorable Cámara de Diputados), lamentablemente sin éxito.

También el tema ha sido analizado en numerosas Jornadas y Congresos de Derecho Civil.

Pero hasta tanto la reforma legislativa no se concrete estamos convencidos de que los jueces basados en los principios generales del derecho y esencialmente en la equidad, pueden dar lugar a los justos reclamos de los damnificados indirectos moralmente en caso de supervivencia y discapacidad de la víctima y en el supuesto de muerte de la misma aunque no sean herederos forzosos.

Esos principios generales del derecho son el *alterum non laedere*, la solidaridad social y la *aequitas*.

Hemos ya abordado el *alterum non laedere* en nuestro ordenamiento jurídico.

En lo vinculado al principio de la solidaridad social podemos afirmar parafraseando a nuestro maestro el doctor Alberto J. Bueres que es un valor que junto a la paz social, a la seguridad y al orden concurren a la conformación

de la justicia (valor supremo) y que está contemplada en el Preámbulo de la Consatitución Nacional en cuanto se habla de promover el bienestar general.

Y asimismo es de primordial importancia, el concepto de equidad (justicia con alma) como factor de ponderación e interpretación de normas en el moderno derecho de daños que tiene como principal objetivo la eficaz protección de la persona.

Estas inquietudes nos llevaron a formular las siguientes hipótesis que intentaremos poner a prueba durante nuestro trabajo de investigación:

*Todo damnificado indirecto que acredite haber sufrido una lesión a un interés legítimo de naturaleza extrapatrimonial o a un interés simple de naturaleza extrapatrimonial, está legitimado para reclamar daño moral, cuando del hecho ilícito no haya derivado la muerte de la víctima.*

*Todo damnificado indirecto que acredite haber sufrido una lesión a un interés legítimo o a un interés simple de naturaleza extrapatrimonial, aunque no sea un heredero forzoso, está legitimado para reclamar daño moral en el supuesto de muerte de la víctima.*

Bibliografía:

Bueres, Alberto J. “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta”, en Derecho de Daños, homenaje al doctor Jorge Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 1989.

## **Concepto de Daño Moral:**

Conceptualizar el daño moral es una tarea esencial en nuestro trabajo. Es el punto de partida y de llegada hacia su reparación integral.

Tal es la trascendencia del concepto que abordemos que incidirá en la problemática de su cuantificación y fundamentalmente en la legitimación activa para reclamarlo.

Precisar en qué consiste el daño moral conllevará consecuencias tanto para el damnificado como para el sindicado como responsable. "...Los límites cualitativos y cuantitativos del derecho del primero y la obligación de resarcir del segundo pasan por la cuestión conceptual...". (Pizarro, Ramón, 2000, 23).

La pregunta inicial sería qué es el daño. En un sentido amplio se lo identifica con la ofensa o la lesión a un derecho, a un interés no ilegítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial y este es el alcance que se le otorga en el derecho penal y también en el derecho civil al momento de prevenir o hacer cesar conductas lesivas de los derechos o intereses individuales o colectivos.

Los artículos 519, 1068, 1069 y 1078 del Código Civil se refieren al daño y el 1067 dice que no hay deber de reparar sin daño pero no explica qué es el daño.

El artículo 519 regula que: "se llaman daños e intereses al valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución de la misma a debido tiempo". Parece centrarse en las consecuencias disvaliosas, en el resultado de la acción.

El 1068 regula que habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.

El artículo define al daño patrimonial como “perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria” y luego lo califica como directo (cuando es ocasionado en las cosas de dominio o posesión de la víctima) e indirecto (causado por el mal hecho a su persona, derechos o facultades).

El artículo 1069 distingue el perjuicio patrimonial como daño emergente (perjuicio efectivo) y lucro cesante (ganancia perdida), nociones equivalentes a las del art. 519.

En definitiva el daño patrimonial para nuestro Código es “perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria” pero daño es sinónimo de perjuicio y “el Código debió asentar que habrá daño siempre que se causare a otro un menoscabo en sus bienes o una lesión a un interés o una alteración desfavorable, susceptible de apreciación pecuniaria” (Bueres, Alberto, 1994, 245).

Y retomando lo ya expresado, el artículo 1067 regula algunos elementos de la responsabilidad civil: el daño causado o que puede ser causado y el factor de atribución al expresar que: No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.

Finalmente, el artículo 1078 en su primer párrafo establece que además de la indemnización del daño patrimonial es resarcible el daño moral en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y tiene su correlato en el art. 522 que en los casos de indemnización por responsabilidad contractual prevé que será facultativo para el juez condenar al responsable a la reparación del agravio moral.

En la redacción anterior a la Ley 17.711, el 1078 regulaba que “si el hecho fuese un delito de derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de pérdidas e intereses sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su

seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas”.

Es decir, que aunque sólo era resarcible el agravio moral si derivaba de un delito de derecho penal, la norma diferenciaba con mayor precisión el daño patrimonial y el moral, al hablar de las pérdidas e intereses en el primer caso y del sufrimiento en su seguridad personal, en el goce de sus bienes o en sus afecciones legítimas, en el segundo.

En rigor de verdad, antes de la reforma de Borda, la norma predeterminaba las circunstancias fáctico - jurídicas que daban nacimiento al agravio moral.

Hemos citado el texto normativo pero el concepto de daño es fundamentalmente un concepto doctrinario.

En una primera aproximación al tema podríamos inferir que desde la letra del código el daño es perjuicio patrimonial que se traduce en pérdidas e intereses o agravio moral y que no hay obligación de reparar sin daño.

Y que evidentemente hay una estrecha relación entre el daño y su consecuencia, la obligación de resarcir, pero no nos parece, prima facie, adecuado, definir por las consecuencias una institución de derecho.

También en un primer intento analítico podríamos considerar que el daño es una lesión, un menoscabo, a un interés jurídico patrimonial o extrapatrimonial que debe ser reparado.

Por lo que, nos referiremos, entonces, a las distintas corrientes doctrinarias que han intentado precisar el concepto de daño moral:

#### Daño moral es todo daño no patrimonial:

Un sector minoritario de la doctrina considera que la noción de daño moral se define por la negativa, por exclusión. Así daño moral es todo perjuicio que no

pueda ser considerado como daño patrimonial y quienes avalan esta postura prefieren hablar de daño extrapatrimonial en lugar de moral.

Así en nuestro país lo ha definido Lloveras de Resk, quien en la Ponencia presentada en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1984, afirmó que “el daño moral es una lesión de carácter no patrimonial, consecuencia de un acto contrario a derecho”. En el mismo sentido se han pronunciado Demogue, Fueyo Laneri, Chartier, entre otros.

Creemos que el problema de esta corriente es precisamente quitarle contenido propio a nuestro objeto de estudio y las consecuencias se han sentido durante muchos años.

Es así que se ha desvalorizado al daño moral, que ha sido ignorado y relegado y se lo ha mantenido durante décadas en situación de inferioridad con relación al daño material, al punto de considerar simbólica su reparación.

El daño moral se caracteriza por la naturaleza extrapatrimonial del derecho lesionado:

Para esta postura de gran predicamento en Francia e Italia, y también en nuestro país, el daño moral consiste en una lesión a un derecho extrapatrimonial, en contraposición, el daño patrimonial es pura y exclusivamente la lesión a bienes materiales. (Pizarro, Ramón, 2000, 29).

Defienden esta posición, en nuestro país, Brebbia y en el derecho comparado Mazeud, H y L – Tunc, y Lalou entre otros.

Sin embargo, no podemos ignorar que muchas veces el daño a la integridad física de la persona puede generar daño patrimonial (incapacidad sobreviniente y consecuente disminución de los ingresos o pérdida de la capacidad productiva) y viceversa la lesión a un derecho patrimonial puede generar también daño moral (incumplimiento del contrato de transporte aéreo y pérdida de tiempo de vida al quedar los pasajeros detenidos en una ciudad).

### El daño moral como lesión a los derechos de la personalidad:

Es una posición muy próxima a la anteriormente mencionada, pero más restringida. Para esta concepción doctrinaria el daño moral es el que se produce al violarse alguno de los derechos personalísimos o de la personalidad (la paz, la vida íntima, la libertad, la integridad física, etc).

Para esta corriente el daño moral se determina por: la lesión a los derechos de la personalidad jurídica y la ausencia de repercusión en la esfera patrimonial.

Nuevamente se lo define por la negativa y además sería importante resaltar que hay otros derechos que no son los personalísimos que podrían generar daño moral como los derechos políticos, sociales, y de familia.

### Doctrina que toma en cuenta las consecuencias de la acción que causa el perjuicio:

Un sector muy importante de la doctrina y de la jurisprudencia nacional, siguiendo las enseñanzas de Orgaz considera que el daño moral debe ser definido siguiendo el mismo camino que se utiliza para determinar el daño patrimonial resarcible.

Como recordamos oportunamente, el 1067 del CC considera que el daño es el presupuesto de la responsabilidad civil (no hay obligación de reparar sin daño).

Entonces el daño moral es la consecuencia perjudicial que deriva de la lesión a un interés no patrimonial, así como el daño patrimonial es el detrimento de valores económicos que se produce a raíz de la lesión a un interés patrimonial.

Consideramos representativa de esta tendencia la concepción del Dr. Pizarro sostenida en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1984, en la ponencia presentada en colaboración con los doctores Zavala de González,

Chiappero de Bas, Sandoval y Junjent de Sandoval: "...El daño moral es una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial..." .

Este es sin lugar a dudas el concepto de daño moral que reflejan la mayor parte de nuestros fallos jurisprudenciales y también el que con mayor frecuencia se emplea en la práctica profesional.

No compartimos el punto de partida, porque creemos que no se habla del significado de daño moral sino de sus consecuencias, su exteriorización.

Si nos detenemos en la problemática de la exteriorización de nuestro objeto de estudio, la exposición es irreprochable. Pero aunque reconozcamos que existe una íntima vinculación entre el daño y su manifestación, no parece conveniente definir un Instituto de derecho por las consecuencias que produce ya que éstas en todo caso, serán tenidas en cuenta a los efectos de la reparación y cuantificación del perjuicio.

#### El daño moral como lesión a un interés jurídico espiritual:

Queremos puntualizar que compartimos las ideas de nuestro maestro, el doctor Alberto Bueres, quien brinda una concepción objetiva del daño moral y le otorga significado propio sin desmerecer las consecuencias provocadas por el perjuicio.

Esta concepción objetiva será para nosotros el punto de partida y de llegada en la temática que intentamos analizar: la legitimación activa para reclamarlo y también será esencial a los efectos de ponderar su cuantificación que no podremos soslayar en nuestro estudio.

Por ello, pensamos que es relevante citar textualmente su concepto de daño moral y el análisis del mismo realizado por el autor, a modo de síntesis de todas las posturas doctrinarias que hemos reseñado.

**“El daño moral, cuando menos en una acepción primaria o pura – es la lesión a un interés jurídico espiritual (o extrapatrimonial) que a de ser reparado a tenor de su contenido estrictamente subjetivo (o espiritual).**

El significado expuesto presenta las siguientes características. 1) Por de pronto, hemos puesto el acento en los intereses a seleccionar por el intérprete (y no en los bienes – o derechos, o en las consecuencias – al menos y en lo que a estas consecuencias respecta para categorizar la figura - ).

2) Estos intereses han de ser jurídicos (amparados por el Derecho). En otros términos, ha de tratarse de intereses que es de justicia reparar. Alguna vez dijimos que la juridicidad no puede quedar reducida a la anémica o esmirriada noción de los idealistas enlazada con un derecho subjetivo, normalmente absoluto, e incluso limitado o recortado en punto a la extensión de las necesidades a satisfacer. **La juridicidad que predicamos no se detiene en la positividad de la norma, sino que apunta a todo el ordenamiento como totalidad (a todas las fuentes del Derecho como expresión de lo justo).** ( el resaltado nos pertenece). Va de suyo que dentro de un amplio sistema de atipicidad del daño, han de tener cabida los llamados intereses de hecho o intereses simples en tanto y en cuanto ellos sean serios y lícitos, pues el reconocimiento de dichos intereses es un reclamo de la equidad y de la solidaridad social.

3) El interés conculcado ha de ser espiritual (o extrapatrimonial). Nos apresuramos en aclarar que resaltamos principalmente lo espiritual de la necesidad que se afecta, dado que la palabra extrapatrimonial a veces fue utilizada con sentido amplio o con sentido desviado [ ] Por tanto, dentro de la pléyade de intereses, sólo han de computarse para perfilar el daño moral, aquellos intereses que poseen subjetividad (es decir aquellos intereses que estructuran el daño moral puro).

4) En corolario de lo afirmado precedentemente, el daño moral debe tener un contenido subjetivo o, con arreglo a otras miras, debe tener consecuencias espirituales. Bajo esta óptica, es aceptable que se diga que en el daño moral

hay una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de las capacidades de entender, querer y de sentir – que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial - .Claro está que para algunos autores esta definición encierra el concepto de daño moral, mientras que nosotros pensamos que la proposición conceptualiza, al menos en una primera acepción, sólo las consecuencias – o si se prefiere el contenido – del susodicho perjuicio espiritual. [ ] El daño en sentido estricto, cabal rigurosamente técnico, etcétera, es el enunciado (lesión a un interés jurídico), el hecho de que admitamos la homogeneidad entre el interés y sus repercusiones, posibilitaría con un criterio eminentemente pragmático y abreviando pasos, admitir como segunda acepción del daño la que lo conceptualiza al tenor de sus secuelas, de sus trascendidos. (Bueres, Alberto, 256, 1994).

Elegimos esta concepción porque nos parece la más estricta jurídicamente y abarcativa de todas las aristas de la temática que nos ocupa. Ello, así, dado que:

- Parte de la lesión o menoscabo a un interés jurídico (no a los bienes ni derechos).

Es importante recordar que en los primeros tiempos sólo se consideraba resarcible la lesión de un derecho o de un interés legítimo.

Posteriormente se aceptó como resarcible el simple interés no contrario a derecho que fue precisado por el doctor Eduardo Zannoni al sostener (en, 1993,29) que: “el daño lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar que, aunque no constituyere el sustento de un derecho subjetivo, es una facultad que ciertamente integra la esfera de su actuar lícito, es decir de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión a un interés - cualquiera que sea éste – produce en concreto, un perjuicio”.

- Explicita su contenido subjetivo o espiritual.
- Afirma el carácter espiritual de sus consecuencias como modificación disvaliosa del espíritu, pero sin confundir el significado del instituto con su exteriorización.

Finalmente pensamos que es indispensable diferenciar el daño moral del llamado por la doctrina daño a la persona.

El daño a la persona, daño corporal para los franceses, es el perjuicio causado a la vida de un sujeto o su integridad psicofísica y puede generar daño patrimonial o moral.

Por otra parte, el daño moral es siempre un daño a la persona pero para nuestra normativa sólo existe daño patrimonial y agravio moral que generan la obligación de reparar.

#### Bibliografía:

Bueres, Alberto J. "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general". Daños a la persona. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1994.

Pizarro, Ramón Daniel. *Daño moral. Prevención. Reparación Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires, Hammurabi, reimpresión, 2000.

Zannoni, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Astrea, 1ra reimpresión, 1993.

## **La Evolución Histórica del Daño Moral en la Legislación Argentina:**

Hemos intentado conceptualizar al daño moral como la lesión a un interés jurídico espiritual (o extrapatrimonial) que ha de ser reparado a tenor de su contenido estrictamente subjetivo (o espiritual), (Bueres, Alberto, 1994, 256) y nos parece relevante referirnos, ahora a la evolución histórica del daño moral en el derecho argentino.

El artículo 1078 originario del Código, derogado por la ley 17.711 regulaba que: “Si el hecho fuese un delito de derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende las indemnización de pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas...”.

El artículo dio lugar a un intenso debate doctrinario en su momento y a nuestro criterio fueron los más representativos exponentes del mismo, los doctores Roberto Brebbia y Alfredo Orgaz.

El doctor Roberto Brebbia, preocupado por el avance de los poderes estatales y sociales sobre los derechos individuales se sintió atraído por la teoría del daño moral y su reparación, ya que la misma tiene por finalidad inmediata la protección de los derechos del hombre que se refieren a su personalidad moral, aspecto descuidado por el derecho positivo del siglo XIX y su excesivo materialismo. (Brebbia, Roberto, H, 1950, 15).

Brebbia parte en su análisis, de la separación en dos grandes categorías de daños: patrimoniales y morales, que constituyen la consecuencia lógica de la clasificación de los derechos subjetivos en dos grandes grupos: Patrimoniales y extrapatrimoniales o inherentes a la personalidad y sostiene que la violación de algunos de los derechos pertenecientes al primer grupo genera un daño

patrimonial, mientras que la conculcación de algunos de los derechos inherentes a la personalidad origina un daño extramatrimonial o moral.

Asimismo refuta la categorización negativa de los derechos de la personalidad que los define por eliminación (los que no poseen un contenido patrimonial) afirmando que el procedimiento de definir las cosas diciendo lo que no son puede ser de cierta utilidad práctica pero rara vez de interés científico (Brebbia, 1950, 73).

El prestigioso doctrinario concluye luego que resulta sencilla la categorización positiva de los derechos inherentes a la personalidad, integrando tal categoría, los que tienen por objeto o finalidad la protección de los bienes personales, es decir aquellos que se adquieren o se pierden con independencia de la voluntad de las personas, no son susceptibles de ser traducidos adecuadamente en dinero y se hallan fuera del comercio jurídico.

Los derechos inherentes a la personalidad, encargados de tutelarlos, se distinguen por las siguientes características: son extrapatrimoniales (no pueden ser evaluados pecuniariamente), se adquieren y pierden con independencia de la voluntad específica de los titulares, son absolutos (en cuanto se oponen "erga omnes"), son incesibles, inalienables e imprescriptibles (porque los bienes que protegen se hallan fuera del comercio jurídico).

En virtud de ello, el Dr. Brebbia considera que los daños morales son aquellos daños producidos a raíz de la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad, es decir que los define por la naturaleza jurídica del derecho subjetivo menoscabado por el ilícito.

Y aunque ya adelantamos que no compartimos esta concepción y que hay derechos que no son los personalísimos que pueden generar daño moral (derechos sociales, políticos y de familia), no podemos desconocer su importante legado en el reconocimiento del daño moral y su resarcimiento y fundamentalmente la crítica exhaustiva que realizó al sistema vigente en el Código Civil antes de la reforma de Borda.

Brebbia sostenía que la interpretación que restringía el derecho a recibir una indemnización por el agravio moral sufrido sólo en el caso de que hecho dañoso configurase un delito penal pretendía basar sus conclusiones en lo prescripto por los artículos 1068 y 1078 del Código Civil.

La fuente del artículo 1068 y 1078 se encuentran en el derecho Romano y han sido tenidas en cuenta por el legislador en las respectivas notas a través de las citas que efectúa de las Siete Partidas.

Y como en las leyes romanas, en especial en la Ley Aquilia sólo se contempla el daño patrimonial, la mayor parte de la doctrina argumentaba que debía forzosamente deducirse que nuestro Código Civil exigía como regla general un agravio patrimonial para que surgiese el derecho a la reparación y que la mención al agravio moral no era más que una excepción a dicho principio general y constituía el único caso en que el agravio moral debía ser reparado.

Brebbia manifiesta que la forma en que se halla redactado el artículo 1068, no puede a su criterio restringir el concepto de daño sólo al de agravio patrimonial y piensa que la expresión “mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades” es suficientemente expresiva, aún cuando se haga hincapié en las fuentes tenidas en cuenta por el legislador.

Por ello, para el destacado jurista es evidente que el concepto de daño expresado en este artículo es amplio y abarca tanto el daño patrimonial como moral.

Y lo esencial en su argumentación jurídica es la interpretación a contrario sensu del artículo 1078 original para apartarse de la solución restringida propiciada por la doctrina mayoritaria y lograr la efectiva protección de los derechos del hombre que se vinculan con su personalidad moral.

En esa inteligencia exponía (en 1950,163) que: “toda vez que el hecho de que la ley afirme en una parte que los daños morales deben ser indemnizados en

los casos de delitos de derecho criminal, no significa necesariamente que niegue la procedencia de la reparación en otros supuestos. Para que tal cosa ocurriera hubiera sido necesario que el legislador estableciera la limitación de manera expresa, o bien que la misma surgiera de la confrontación de la prescripción normativa referida, con las demás disposiciones que se refieren a la materia...”.

A mayor abundamiento, luego explicaba que a la par del citado artículo existían otras disposiciones, como las contenidas en los artículos 1068, 1075 y 1077 que aludían directamente a la categoría de los agravios morales y no podían ser dejadas de lado en una interpretación sistemática de la ley.

Por otra parte, señalaba que el concepto de seguridad personal como uno de los bienes cuya vulneración generaba agravio moral era más amplio que el de integridad física y lo comprendía y que además la nota de Vélez Sársfield al artículo 2312, confirmaba que en el Código Civil se hallaba reconocido como principio general el resarcimiento del daño moral.

En dicha Nota se expresa que: “Hay derechos y los más importantes que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituye un bien, jurídicamente hablando...”.

Y un argumento definitivo a favor de la tesis que defendía la reparación de los agravios morales en caso de delitos y cuasi delitos civiles era para el doctrinario, la existencia del entonces artículo 109 de la Ley de matrimonio Civil.

Dicho artículo prescribía que: “...el cónyuge que hubiera contraído matrimonio conociendo la existencia de algunos de los impedimentos establecidos en el artículo 9 y que haya producido su nulidad responderá al otro de las pérdidas e intereses, sin perjuicio de la acción criminal que corresponda. Si el daño

efectivo no pudiera ser fijado, *el juez apreciará el daño moral* en una cantidad de dinero proporcionada a las circunstancias del caso...”.

Este supuesto incluido en una Ley incorporada en el Código Civil era la base de la interpretación auténtica del mismo.

Como corolario de su posición, aludía a la circunstancia de que Vélez Sársfield, había reproducido, sin mencionarlo siquiera, en la nota correspondiente al art. 1078, un párrafo de Aubry et Rau, que no tenía la significación que le quería asignar la doctrina, dado que el codificador a menudo transcribía textos íntegros de leyes o autores sin que la letra elegida fuera en menoscabo de la idea central inspiradora de su sistema.

La interpretación amplia del artículo 1078 antes de la reforma de la Ley 17.711 fue defendida también por doctrinarios como Colmo, Lafaille, Spota, Acuña Anzorena, Colombo, Salas y Dassen.

Cierto es que de acuerdo con la interpretación literal del anterior artículo 1078 del CC, el daño moral sólo era resarcible cuando el hecho ilícito era además un delito de derecho criminal, cumplido ello, era indiferente si el delito era a la vez delito o cuasi delito civil (dolo o culpa) porque en cualquiera de los dos casos se trataba de un delito de derecho criminal. Y no existía resarcimiento en los delitos y cuasidelitos puramente civiles.

Esta doctrina predominó en la jurisprudencia de los tribunales y fue reafirmada en el fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital de fecha 15 de marzo de 1943: “Iribarren, Fernando, v. Sáenz, Briones y Cía” (La Ley, T, 29, 704).

En dicho fallo plenario se decidió que en las obligaciones derivadas de delitos y cuasi delitos civiles no cabía la indemnización de daño moral, a menos que hubiera condena criminal.

El otro gran exponente del debate que suscitó el alcance del artículo 1078 del CC antes de la Ley 17.711, fue a nuestro juicio, el doctor Alfredo Orgaz.

El doctor Orgaz se refirió en primer lugar a la tarea del intérprete, que era en su visión, la real divergencia relativa a la indemnización del daño moral en la ley.

El doctrinario cordobés pensaba (en 1967, 197) que existían dos tipos de juristas: "...el que se decide por la voluntad de la ley tal como ha sido expresada ...pero se detiene ante lo que constituiría una suplantación de este pensamiento o de esa solución por sus aspiraciones particulares ... y el que se empeña por introducir en la ley la solución que considera más progresista, aún ejerciendo excesiva presión sobre los textos legales...".

En su postura jurídica no existían dudas acerca del alcance del artículo 1078 originario ya que la norma imponía explícitamente una condición para la indemnización del agravio moral, que el hecho fuera un delito de derecho criminal.

Asimismo explicaba que se le quería dar al artículo 1068 una significación de la que carecía, dado que el artículo se refiere expresamente al daño patrimonial ya que el moral no es por sí mismo susceptible de apreciación pecuniaria.

La norma en cuestión distingue el daño que se sufre en el patrimonio directamente (en las cosas de que se tiene dominio o posesión) e indirectamente como reflejo del perjuicio causado indirectamente a la persona, a sus derechos o facultades (daño patrimonial indirecto).

Y en lo relativo al artículo 1075, el jurista cordobés entiende que no se refiere a los daños resarcibles, sino a los derechos que pueden ser materia de un acto ilícito.

Sin embargo, admitía como aisladas excepciones a la regla general del 1078 originario, las muy particulares disposiciones de la ley de matrimonio civil, en que no siempre existía un delito de derecho criminal como presupuesto de la reparación del agravio moral.

Finalmente, el doctor Orgaz (en 1967, 201) expresaba que: “Intentar una interpretación del sistema del Código sobre la endeble base de los artículos 1068 y 1075 – que se refieren a otra cosa – para hacerle decir prácticamente al artículo 1078: “Si el hecho fuese o no fuese un delito de derecho criminal”, importa realmente, no una interpretación de ese sistema, sino al contrario, una manifiesta alteración...”.

Era, sin embargo, el doctor Orgaz, partidario de la solución amplia y de la reforma del Código para extender la reparación del agravio moral a todos los casos de responsabilidad contractual o extracontractual.

Creemos que era importante recordar los antecedentes de nuestro objeto de estudio, en el derecho argentino, para acercarnos a su problemática actual.

El porqué de las limitaciones al Instituto de daño moral desde sus inicios en el Código Civil, quizás nos ayudará a entender la causa de las restricciones actuales que intentaremos abordar.

Algunas de esas limitaciones han sido superadas a partir de la reforma de la Ley 17.711, otras, las relativas a la legitimación activa para reclamarlo, siguen vigentes y la doctrina debate como lo hacía cuarenta años atrás, y el debate es el camino necesario para las transformaciones.

Compartimos la postura del doctor Orgaz, vinculada a la función del intérprete y al sentido literal del artículo 1078 originario, pero no podemos desconocer el enriquecedor aporte del doctor Brebbia a la teoría del daño moral y su reparación.

El doctor Brebbia (en 1950, 15) argumentaba que: “...Es en el campo específico del Derecho Privado, donde se desarrolla la primera etapa – y, tal vez, no la menos importante – del combate que el Individuo sostiene en defensa de sus derechos inalienables...”.

Y otro de sus aportes, es a nuestro criterio, reafirmar que el concepto de daño moral es creación de la doctrina jurídica, no definiéndose en ninguna de las legislaciones vigentes, y que la definición que se adopte como fruto de la investigación tendrá validez para todos los derechos positivos de características similares de la cultura occidental.

**Bibliografía:**

Brebbia, Roberto. *El daño moral – Doctrina – Legislación – Jurisprudencia – Precedido de una Teoría Jurídica del daño*. 1º ed. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1950.

Orgaz, Alfredo. *El Daño Resarcible (Actos Ilícitos)*. 3º ed. Actualizada. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1967.

## **Acerca de la reparación del Daño Moral:**

Nos hemos referido a la evolución histórica del daño moral en el derecho argentino y a los debates que generaron el camino para la modificación del artículo 1078 del CC originario y coadyudaron a su derogación a través de la ley 17.711 y nos parece oportuno para poder iniciar el tratamiento de la problemática de su reparación, remontarnos a su origen en el Derecho.

EL Daño Moral en el Derecho romano: En una primera etapa, la noción de daño comprendía exclusivamente el daño material. Pero es importante recordar entre los delitos particulares del derecho romano, el de la injuria.

Explica Eugenio Petit (en 1910, T 2, 28) que: "... Mientras que el delito reprimido por la ley Aquilia, consiste en un atentado contra la propiedad, por dolo o por simple culpa, la injuria es un atentado contra la persona; y en la época clásica, al menos, supone esencialmente la intención de perjudicar ...La intención debe haberse manifestado por un hecho pero esta manifestación puede afectar las formas más variables: golpes, heridas, difamación escrita o verbal, violación de domicilio, ultrajes al pudor, y en general todo acto de tal naturaleza que comprometa el honor y la reputación de otro...".

La represión de la injuria varió según las épocas. La ley de las XII tablas preveía la pena del talió por un miembro quebrado y una composición pecuniaria entre las partes, que en realidad siempre tenía lugar. El pretor reemplazó estas penas por una reparación pecuniaria vinculada con la gravedad de la injuria mediante la acción injuriarum que conllevaba además la tacha de la infamia.

En la dictadura de Sila, una ley Cornelia permitió al damnificado por la injuria elegir entre la acción injuriarum y una persecución criminal pero sólo en el caso de golpes o violación de domicilio y luego este alcance se extiende a todas las injurias.

La acción injuriarum era para la persona injuriada pero en el caso de que la víctima fuera una persona alieni iuris recaía sobre el pater familiae que tenía una doble acción: una en su nombre, otra en el nombre del damnificado. Y lo mismo sucedía respecto del marido por el insulto efectuado a su esposa.

La reparación era estimada por perjudicado y el juez podía mantener o disminuir en la condenación la suma fijada.

La acción se ejercía contra el culpable y sus cómplices y era intransmisible, extinguiéndose con la muerte del ofensor y del ofendido. También se extinguía por el perdón de la injuria y en el caso de que el ofendido la hubiese soportado sin demostrar resentimiento.

En definitiva, si bien se trataba de una acción penal, los romanos reprimieron agravios a los sentimientos, a los legítimos afectos, y ello constituye en la actualidad lo que llamamos daño moral, “la lesión a un interés jurídico espiritual”.

El Daño Moral en el antiguo Derecho español: Señala García López (en 1990, 34) que: “...En la Ley I, Tit XV, Partida VII – que sirvió de fuente a nuestro art. 1069, Cód. Civil – se consagra expresamente que el daño es el empeoramiento, o menoscabo, o destrucción, que el hombre recibe en sí mismo, o en sus cosas, por culpa de otro. Es evidente que el daño que se recibe en sí mismo no puede ser otro que el que viene denominándose daño moral o no patrimonial...”.

Asimismo Pizarro, Ramón Daniel (en 2000, 49) resalta que: “...Existen dispositivos específicos que regulan las consecuencias de distintos ilícitos, como por ejemplo el delito de deshonor, expresión que era utilizada en sentido similar a la injuria del Derecho Romano, cuya influencia en esta materia ha sido notable...”.

El Daño Moral en el antiguo Derecho francés: el derecho francés sólo recibió parcialmente la influencia del romano. Se admitía la indemnización del daño

moral sólo en materia delictual y se la rechazaba de plano en el ámbito contractual.

Quisimos recordar el origen histórico de nuestro objeto de estudio, para adentrarnos en las tesis que aceptan o niegan su reparación. Intentamos hacer historia?. Sí, porque es fundamental destacar que la reparación del daño moral es una conquista del moderno Derecho de daños, aunque el origen del Instituto provenga de la injuria del derecho romano que expresamente preveía su resarcimiento.

Y es una conquista en los términos de Brebbia que proclamaba que la teoría del daño moral y su reparación tenía por finalidad inmediata la protección de los derechos inalienables.

Sólo el moderno Derecho de daños cimentado en principios de solidaridad y equidad y orientado a que la protección de la víctima no se reduzca al ámbito de su patrimonio e incluya los aspectos relativos a su espíritu, pudo lograr la consagración de la reparación.

### **Las Teorías acerca de la reparación del daño moral:**

Teoría que niega la reparación del daño moral: Tuvo amplia recepción durante el siglo XIX y principios del XX. La defendieron en el Derecho Comparado: Savigny, Gabba, Baudry – Lacantinerie y Barde y en nuestro derecho, Bibiloni. Para esta teoría el daño moral no es indemnizable porque ello implicaría vulnerar principios jurídicos y éticos.

Vulneración de principios jurídicos: consideraban que la reparación del daño moral pondría en peligro los principios de la responsabilidad civil, al indemnizar un perjuicio inexistente y con parámetros arbitrarios.

Esta doctrina que sólo consideraba reparable el daño patrimonial, ámbito en el cual siempre era posible restablecer el equilibrio alterado, tuvo marcado predicamento y se basó en el materialismo a ultranza.

Vulneración de principios éticos: argumentaban además que era inmoral y escandaloso ponerle precio al dolor.

Vulneración de principios religiosos: afirmaban que la reparación del daño moral significaría una implícita negación del orden divino, al reducir la felicidad del hombre a valores puramente terrenales.

Tal como piensa el doctor Pizarro, Ramón (en 2000, 82): "...La consideración de estas motivaciones subjetivas a favor o en contra de tal reparación no pueden trascender el plano jurídico que tiene valoraciones y objetivos diferentes...".

En el mismo sentido y al analizar críticamente esta doctrina, el doctor Brebbia (en 1950, 102) postula que: "...Está fuera de discusión que los daños morales no pueden ser tasados adecuadamente en dinero, ya que hemos señalado este hecho precisamente como una de las características específicas de esta especie de perjuicio, pero tal circunstancia no puede constituirse en impedimento para la reparación de los perjuicios morales...".

Luego, el prestigioso doctrinario, identifica la triple función que puede cumplir el dinero cuando es entregado a raíz de la comisión de un hecho dañoso: de reparación por equivalencia, de reparación por satisfacción y como pena privada.

En el caso del daño moral, es indudable que la reparación tiene la finalidad de otorgar una satisfacción compensatoria al damnificado. (aunque también ha sido considerada una pena de carácter privado impuesta al ofensor).

En esa inteligencia, el doctor Alberto Bueres (en 1994, 237) dijo que: "...El daño moral no es un castigo ni un resarcimiento con una cierta tonalidad

represiva, ni tampoco una sanción de prevención abstracta dirigida a la sociedad; se trata de una sanción resarcitoria en las dos esferas de la responsabilidad...”.

La Tesis negativa moderna: es la imperante en los países comunistas como consecuencia de una cosmovisión diferente del derecho y de la vida y donde se concebía al daño moral como una manifestación del espíritu burgués que todo lo valora en dinero. En los años anteriores a la caída del sistema comunista, algunos códigos receptaron el daño moral y su indemnización (ex repúblicas socialistas de Polonia, Yugoslavia y Checoslovaquia).

### **Teorías que reconocen la reparación del daño moral:**

**La Teoría de la pena o sanción ejemplar:** la reparación del daño moral no constituye un resarcimiento sino una verdadera pena civil para reprochar de manera ejemplar la falta del ofensor.

Esta doctrina fue defendida por Ripert en el Derecho comparado y por Llambías en nuestro derecho.

La teoría no se basa en la protección de la víctima sino en el castigo de la conducta dolosa del autor del daño.

En rigor de verdad, la sanción como pena privada fue receptada por nuestro derecho en el artículo 1078 originario, inspirado en las enseñanzas de Aubry y Rau, que limitó la indemnización por agravio moral a los casos en que el hecho fuese un delito de derecho criminal.

En definitiva, en este caso se postulaba que los agravios morales debían producir consecuencias jurídicas relevantes cuando eran provocados dolosamente, y entonces se imponía el pago de una indemnización a la víctima que no tenía carácter resarcitorio sino fundamentalmente sancionatorio, era una verdadera pena civil.

Esta teoría fue desautorizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1985.

La Corte en los autos “Santa Coloma, Luis F. y otros c. Ferrocarriles Argentinos” (JA, 1986, IV,624) impuso la doctrina de que el daño moral tiene carácter resarcitorio, el que surge de los textos legales expresos (arts. 522 y 1078 del Cód. Civil) no teniendo que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste.

**La teoría del resarcimiento del daño moral:** Es la tendencia dominante en el derecho moderno, y la postulan en el Derecho comparado Mazeud H y L. – Tunc, Chabas, Silva, Messineo, De Cupis y en nuestro derecho los más prestigiosos doctrinarios: Mosset Iturraspe, Cifuentes, Borda, Brebbia, Bustamante Alsina, Trigo Represas, Compagnucci de Caso, Zannoni, Pizarro, Bueres, Zavala de González, entre otros.

En palabras de Pizarro, Ramón Daniel (en 2000, 85) :”...Propone una solución justa y equitativa, porque pondera con criterio realista la situación de la víctima en función del menoscabo por ella experimentado...edifica el sistema en torno al daño injustamente sufrido por el damnificado, que debe ser reparado con sentido resarcitorio, provenga de conductas antijurídicas dolosas, culposas o riesgosas. Y más aún en determinados supuestos de excepción de actos lícitos...”.

En lo que se refiere al daño moral, el dinero cumple en la terminología de Ihering, una función satisfactoria para la víctima, de compensación de la lesión a un interés jurídico espiritual.

Los argumentos de esta doctrina del resarcimiento del daño moral, han sido sintetizados con precisión y claridad por el doctor Mosset Iturraspe (en 1999, 203).

El jurista santafecino enumera los principios básicos que sustentan esta teoría, y que es importante recordar:

- El Derecho de Daños o la responsabilidad civil pertenece al Derecho Privado que no castiga al agente sino que repara a la víctima.
- La mira está puesta en quien sufre el daño y no en quien lo causa.
- Si bien es verdad que no es dable expresar en una suma de dinero el sufrimiento, también lo es que el dinero cumple una función satisfactoria.
- La inmoralidad invocada no es tal pues no hay cambio o cesión alguna: dinero por dolor, sensación placentera por sufrimiento padecido.
- El Derecho es el campo de la juridicidad y no de la eticidad.

Las consecuencias que se derivan de la concepción punitiva de la reparación y de la concepción resarcitoria:

La temática que intentamos analizar no se reduce a un debate doctrinario, la teoría que adoptemos conllevará consecuencias jurídicas, por cierto, muy diversas.

Las teorías negativas del resarcimiento del daño moral se basaron en el materialismo a ultranza y en principios morales y religiosos ajenos al ámbito del derecho.

Pero tuvieron en su época un auge que no podemos relativizar y nos ayudan a comprender el por qué de tantos años de discusión para aceptar al daño moral como lo que es, una categoría autónoma del daño patrimonial, y cuya reparación cumple una función resarcitoria.

Hubo quienes pretendieron desvalorizar o negar su entidad, defensores a vivas del daño patrimonial y de la filosofía mercantilista pero el Derecho de Daños moderno llamó a las cosas por su nombre, teniendo como pilares la solidaridad, la equidad y fundamentalmente “la protección de la persona”.

Para los partidarios de la doctrina de la sanción ejemplar, sólo aquellas conductas a las que pueda atribuirse dolo generan tal sanción que es un

correctivo ejemplar como sostenía Llambías y la determinación cualitativa y cuantitativa del daño moral depende de la gravedad de la falta.

Y en lo relativo a la titularidad de la acción para reclamar, lo era quién hubiese sufrido un agravio moral siempre y cuando el ofensor no hubiese sido sancionado con anterioridad por la comisión del hecho. (non bis in idem).

Como consecuencia, esta doctrina de la sanción ejemplar considera que la pena es personalísima y por ende, insusceptible de ser transmitida a los herederos.

Para los postulantes de la teoría resarcitoria cualquier acto ilícito (doloso, culposo o riesgoso) o lícito puede generar un menoscabo a un interés jurídico espiritual y la cuantificación del resarcimiento depende de la gravedad objetiva del daño causado y de las circunstancias del caso.

Cabe señalar que el daño moral es resarcible aunque el factor de atribución sea el riesgo creado y aunque el obligado no sea el autor, sino otro a quien no es imputable culpa relativa al daño.

Y en lo relativo a la legitimación activa para reclamar la indemnización, son titulares de la acción los sindicatos taxativamente como tales en el artículo 1078, reformado por la ley 17.711, siendo indiferente el número de damnificados y el hecho de que algunos hayan sido indemnizados o no y la acción se transmite a los herederos, sólo si la víctima la inició en vida.

Cómo esta legitimación constituye el quid de nuestro trabajo, afrontaremos más adelante, el análisis de la inequidad del criterio restrictivo adoptado por el Código para otorgar dicha legitimación, en aras de limitar cataratas de reclamos.

Va de suyo que compartimos la tesis resarcitoria propia del rol del nuevo Derecho de Daños orientado a lograr la eficaz protección de la persona pero no

podemos obviar mencionar que existe también una tesis mixta y por cierto, creemos, sumamente contradictoria.

La tesis mixta ha sido defendida por Acuña Anzorena, Salas y Morillo en nuestro derecho.

Es una postura ecléctica que analiza la cuestión desde dos visiones, la de víctima a la que hay que reparar y la del agente que merece punición. La reparación al ser pagada por el agente lo castiga.

Acuña Anzorena siguiendo las enseñanzas de Ihering relativas a las funciones del dinero argumentaba que: "...estas dos últimas funciones son las que corresponden a la indemnización del agravio moral: pena pública y satisfacción, si es delito del Derecho Criminal; satisfacción y pena privada, si es acto ilícito del Derecho Civil, porque a éste no corresponde inmiscuirse en el castigo de las infracciones penales...".

Se intenta conciliar teorías opuestas conceptualmente y que producen efectos jurídicos absolutamente disímiles.

El debate analizado aún permanece vigente en el ámbito de los tribunales, sin olvidar que durante la década del setenta, la mayoría de la jurisprudencia estaba a favor de la sanción ejemplar y sin desconocer, que aún cuando el Derecho de Daños consagra el resarcimiento en la actualidad, los resabios de la teoría de la punición siguen presentes en muchos fallos.

#### Bibliografía:

Acuña Anzorena, A. *Estudios sobre responsabilidad civil*. La Plata, Platense, 1963.

Brebbia, Roberto H. *El daño moral – Doctrina – Legislación - Jurisprudencia – Precedido de una Teoría Jurídica del daño*. 1º ed, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1950.

Bueres, Alberto. “El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general”. *Daños a la persona*. Revista de Derecho privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1994.

García López, Rafael. *Responsabilidad civil por daño moral*, Bosch, Barcelona, 1990.

Mosset Iturraspe. *Responsabilidad por Daños – Tomo V – El Daño Moral*. 1º ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1999.

Petit, Eugenio. *Tratado Elemental de Derecho Romano – Segunda Parte*. 3º ed., Buenos Aires, Valerio Abeledo, Editor Librería Jurídica, 1910.

Pizarro, Ramón Daniel. *Daño moral – Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires, Hammurabi, reimpresión, febrero de 2000.

### **La cuantificación del daño moral:**

El problema de la cuantificación del daño moral deriva sin lugar a dudas de la concepción que se adopte sobre este Instituto y de los prejuicios que con andamiaje filosófico lo limitaron durante siglos.

Así, si se sigue la doctrina de la sanción ejemplar, la indemnización se establecerá en virtud de la culpa o dolo del responsable.

Si en cambio, el criterio es el de resarcimiento, la cuantificación se realizará de manera más objetiva, teniendo en la mira el contenido del daño y no la conducta del lesionante.

Si se parte de valorarlo vinculado con el daño patrimonial será un porcentual del mismo y quizás una suma casi simbólica.

En función de lo expuesto, intentaremos realizar una descripción de los distintos criterios de valoración, para luego exponer la postura del Dr. Zannoni, en un fallo ejemplar, a nuestro juicio, que aggiornato con los lineamientos de las últimas Jornadas de Derecho Civil del año 2007, otorgaría uniformidad de criterios para la cuantificación.

### **La doctrina que valora el daño moral por su relación con el daño patrimonial:**

El doctor Pizarro, Ramón D. expone (en 2000, 278) que para una posición hoy superada, el daño moral debía determinarse en función de la cuantía del daño patrimonial.

Esta doctrina parece soslayar que existen actos ilícitos que sólo producen menoscabo patrimonial y a la inversa, en otros supuestos el perjuicio patrimonial puede ser ínfimo o inexistente y el moral ser de entidad.

La jurisprudencia mayoritaria se inclina por rechazar esta doctrina, señalando que el daño moral no tiene por qué tener relación con el patrimonial.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Paddu, Julio c. Jorge Sequenza S.A”. (JA, 1987,IV, 528).

### **La doctrina que valora el daño moral en función de criterios subjetivos del juzgador:**

En esta variable, la determinación del agravio moral es definida por el criterio subjetivo y discrecional del juez en el caso concreto.

Según Pizarro (en 2000, 280): “Esta línea de pensamiento ha sido defendida principalmente por sectores partidarios de la doctrina de la sanción ejemplar...”.

Por cierto la estimación debe realizarla el juez pero la cuestión no puede quedar librada a su exclusiva subjetividad.

### **La doctrina que valora el daño moral en función de la gravedad de la falta cometida por el responsable :**

Proponen esta estimación los partidarios de la sanción ejemplar, a la que nos hemos referido anteriormente y que fue dominante en nuestra jurisprudencia en la década del setenta.

Para esta posición, enuncia Pizarro (en 2000, 281): “...Cuanto más grave sea el reproche que pueda formularse al autor del daño (v.gr. en razón de mediar dolo en su conducta o culpa grave), mayor será el monto de la pena que se mande a pagar...”.

Esta tendencia, hoy superada, rechazaría la reparación del daño moral en caso de que el perjuicio provenga del riesgo creado por una cosa o de una actividad riesgosa, dado que en este ámbito la imputación es objetiva.

### **La doctrina que valora el daño moral en función de la gravedad objetiva del perjuicio causado:**

Esta corriente proclama la necesidad de atender a la gravedad objetiva del daño causado y es la dominante en la doctrina actual.

Alberto Bueres en su ponencia presentada en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, 1984, afirmó que: "... El daño moral no es una pena ni una forma de resarcimiento que presenta una connotación retributiva, ni una sanción de prevención abstracta dirigida a la sociedad. Se trata pues de una típica sanción resarcitoria... punto 3º La indemnización del daño moral permite que la víctima logre una ventaja, una fuente de satisfacción o placer que alivia o consuela (confort, solace), otorgando un bienestar al afligido (Atiyah, Pagliani, Levin)...".

El doctor Pizarro (en 2000, 283) dice que para la determinación del daño moral deberán computarse entre otros aspectos: la personalidad de la víctima (edad, sexo, condición social, su particular grado de sensibilidad) ; si el damnificado es directo o indirecto y en este último caso su vínculo con la víctima, la índole de las lesiones sufridas, la posible influencia del tiempo, la personalidad de quien lo produjo y su ascendencia en la víctima, la divulgación del hecho, la gravedad del padecimiento espiritual, la realidad económica del país al dictarse la sentencia...".

### **La doctrina que pondera la gravedad de la falta y la entidad objetiva del daño:**

Es la concepción de la tesis mixta de la escuela platense que toma como parámetro además de la entidad objetiva del daño, la falta cometida por el ofensor.

La indemnización puede elevarse más allá del perjuicio sufrido, cuando exista dolo o culpa grave del ofensor o viceversa, disminuirse, como consecuencia de ser una reparación punitiva.

### **Formas de la reparación del Daño moral:**

Existen dos formas de reparación del daño moral: en especie o in natura y por equivalente y están reguladas en el artículo 1083 del CC.

El art. 1083 del CC prescribe que: "...El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero..."

La reparación in natura es una obligación, primordialmente de hacer, que tiene por fin volver las cosas al estado anterior al que se hallaban antes de ocurrir el perjuicio.

En cuanto al dinero, ya vimos que tiene una función de equivalencia en el daño patrimonial y asume una función satisfactiva en la hipótesis de daño moral

Según lo relata Pizarro (en 2000, 311), nuestro codificador se inclinó por el sistema de la reparación del perjuicio mediante una indemnización pecuniaria que fijaría el juez, salvo el caso que fuera posible la restitución del objeto que fuera materia del delito y las raíces del anterior art. 1083 se remontaban al Derecho romano y al Derecho francés.

A su vez, la ley 17.711 se basó en el art. 249 del Código alemán, en el art. 2058 del Código italiano y en la Recomendación del III Congreso Nacional de Derecho Civil de 1961.

Llambías, Zannoni, Trigo Represas, Pizarro, entre otros, sostienen que el art. 1083 estableció una obligación alternativa irregular (art. 635 del CC), por la cual el acreedor opta por la forma y el modo de la reparación: en especie

(salvo que sea imposible o implique un ejercicio abusivo del derecho) o por equivalente.

Sin lugar a dudas, la reparación pecuniaria es la predominante en la vida de tribunales.

Para Mosset Iturraspe (en 1994, 206) la reparación in natura tiene que ir acompañada de una reparación en dinero, integrando una especie de sanción mixta, de lo contrario sería un mero paliativo y no una reparación integral.

En el mismo sentido, Pizarro (en 2000, 313) afirma que las dos formas de reparación no son incompatibles entre sí y que en materia de publicaciones inexactas o agravios, los tribunales suelen imponer además de la publicación de la sentencia o la retractación, el pago de una indemnización.

La reforma de nuestra Carta Magna de 1994 incorporó también la reparación in natura del daño ambiental al establecer en el art. 41 que: "...El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley...".

Asimismo el artículo 30 de la ley 25.675 se refiere a la legitimación en materia de recomposición y reparación del daño ambiental producido, indicando para la recomposición, los mismos legitimados del art. 43 de la Constitución Nacional y reconoce acción de recomposición al Estado Nacional, provincial o municipal y para la acción de recomposición o de indemnización pertinente le otorga legitimación a la persona directamente damnificada por el hecho dañoso.

Además debemos puntualizar que la indemnización del daño moral se rige por los principios generales de la reparación, según se trate de responsabilidad contractual o aquiliana.

En la responsabilidad contractual, es resarcible el daño moral que es consecuencia inmediata y necesaria del perjuicio y si el incumplimiento es doloso la obligación de indemnizar se extiende a las consecuencias mediatas.

En responsabilidad extracontractual, es resarcible el daño moral que resulte consecuencia inmediata y mediata previsible del hecho ilícito.

Bibliografía:

Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por Daños – Tomo V – El Daño Moral*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1999.

Pizarro, Ramón Daniel. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires, Hammurabi, reimpresión, febrero de 2000.

**“La cuantificación del daño moral”:**  
**Un abordaje novedoso y ejemplificador:**

Comentario del fallo de la Sala “F” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil: Autos: “Ala Claudio Salvador c/ Lim Chae Hong y otro s/Daños y Perjuicios:

Hechos: La víctima de un accidente de tránsito cuyo rodado fue colisionado por un automotor que no se detuvo a pesar de que la señal lumínica así lo exigía, promovió demanda contra el propietario del automóvil embistente. El juez de primera instancia condenó al propietario del automóvil embestidor. Ambas partes apelaron. La Cámara confirmó el decisorio de primera instancia pero elevó el monto de la condena en concepto de incapacidad sobreviviente, física y psíquica.

**La postura del Tribunal en lo relativo a la cuantificación del daño moral:**

En primer lugar, nos referiremos a la solución adoptada por la Cámara a los efectos de cuantificar el daño moral, temática que ha sido y sigue siendo objeto de amplios debates doctrinarios y de las recientes XXI Jornadas de Derecho Civil, realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, en septiembre de 2007.

Y si bien con el tiempo se ha abandonado la tesis de que el daño moral por ser inconmensurable no es indemnizable en dinero, porque el dolor no se tarifa ni se paga, o lo es a través de sumas simbólicas, o con carácter punitivo, y la doctrina es conteste en admitir hoy, la reparación plena o integral del daño injustamente causado, lo cierto es que no existe uniformidad de criterios para establecer el quantum de dicha indemnización, que queda librada a la discrecionalidad judicial.

Y estamos convencidos de que dicha discrecionalidad está unida a la prudencia y a la equidad, pero no podemos ignorar la disimilitud de soluciones judiciales para casos análogos en lo que a cuantificación del daño moral se

refiere. Por ello, deseamos destacar la solución de la Cámara en el caso que nos ocupa.

Sostiene la Cámara que: “....Distinto es el temperamento a adoptar en cuanto al resarcimiento del daño moral, que es estimable en consideración a los dolores y padecimientos del damnificado a partir del accidente sufrido, el tiempo de convalecencia hasta su restablecimiento y las demás repercusiones anímicas que provocaron las lesiones inferidas, si bien no es susceptible de prueba directa... Por esta razón la Sala ha resuelto en diversos precedentes que, a diferencia de lo que acaece en los supuestos de daños materiales o a la persona, cuya entidad se determina por peritos, **la apreciación de la intensidad de los padecimientos que produce el daño moral en el damnificado está limitado por la cuantía del reclamo ya que es la víctima quien, mejor que nadie, está en condiciones de mensurar el dolor, la aflicción o los padecimientos que ha tenido a raíz del hecho...**La cuantificación queda librada al criterio prudente de los magistrados cuando la estimación del reclamante parece exorbitante, y es en ese caso que los jueces deben computar la entidad y la magnitud de la lesión o agravio en función de las proyecciones de la persona en sus esferas existencial y psíquica, de sus padecimientos, de su dolor físico, de sus miedos, angustias y sufrimientos...”.

Una solución salomónica que responde al criterio de la reparación integral del daño moral, dado que por ser un daño extrapatrimonial, nadie mejor que la víctima para valorar los padecimientos sufridos de acuerdo con las particularidades del caso, su realidad existencial y su personalidad, de allí que el Tribunal sostenga que la apreciación del daño moral está limitado por la cuantía del reclamo.

Y sólo en el supuesto de que dicha reclamación fuese exorbitante, la cuantificación queda librada al criterio prudente de los jueces, de conformidad con los parámetros enunciados por la Cámara, que no son otros que los que la doctrina mayoritaria sostiene desde hace años.

Y podríamos preguntarnos si la sentencia está fundada y creemos que por supuesto lo está, ya que tiene en cuenta los padecimientos del damnificado a partir del accidente sufrido, el tiempo de convalecencia hasta su recuperación y las demás repercusiones anímicas provocadas por las lesiones y valoriza la cuantificación del daño, basándose en el reclamo del damnificado, que además es razonable, y por ello reconoce el resarcimiento del daño moral en \$ 5.000 que era la suma estimada por el actor, víctima de lesiones.

Y ante el temor de que los reclamos fuesen exagerados, la única alternativa posible, sería entonces la discrecionalidad judicial para morigerar la indemnización.

Un fallo que resuelve desde lo pragmático un debate que no parece tener fin, al que nos hemos referido precedentemente, y que de ser imitado podría ser el camino a la reparación integral del daño, sin caer en las propuestas tarifadas, que lejos están de los principios constitucionales y del espíritu del derecho de daños.

**La razonabilidad: “La postura del Dr. Mosset Iturraspe muy cercana a la solución arribada”:** El Dr. Jorge Mosset Iturraspe (en 1994, 31) ha sintetizado diez reglas para cuantificar el daño moral:

En este sentido, el destacado jurista nos habla de: “... 1) el daño inconmesurable: es una contradicción porque se intenta mensurar el daño moral y de allí lo complejo de esta actividad. 2) Un piso flexible: la indemnización no debe ser tan baja, tan insignificante que aparezca como una indemnización meramente simbólica y cada Juez sabrá cual es su piso flexible. 3) Un techo prudente: ni tan elevada que parezca extravagante y lleve a un enriquecimiento injusto, a una situación que nunca se gozó. Entonces la idea se aproxima a otro criterio de flexibilidad, **“que tenga piso, que tenga techo, que tenga razonabilidad”**. 4) Dentro del contexto económico del país: no estamos diciendo que el derecho debe ceder frente a una interpretación económica, pero nos parece que un juez no puede ignorar estas cuestiones. 5) Una prueba convincente, firme y clara: para que un Juez otorgue una indemnización por daño moral tiene que estar convencido de que ese daño

moral ha existido y para eso somos abogados, para arrimar al caso los hechos, que los Jueces sabrán decir el derecho. 6) Capacidad morigeradora del Juez: el 1069 le permite al Juez morigerar que quiere decir bajar, pero también aumentar, depende de las circunstancias del caso. 7) Criterio de equidad y las circunstancias particulares: una cuantificación del daño moral no puede prescindir del condenado a pagarla y de las circunstancias porque esto está en la justicia equitativa. 8) Necesidad de consenso: se aconseja el uso de la informática, no la uniformidad, para establecer una especie de estadística donde se vayan catalogando los daños morales más comunes. 9) Seguridad y predecibilidad de los fallos: tenemos que predecir cuanto nos darán los jueces por nuestros daños morales, los que estamos haciendo objeto de la pretensión. La seguridad está en la predecibilidad. 10) Coherencia de las decisiones: una misma indemnización para casos similares, lesiones análogas tienen que ser reparadas de manera análoga, de lo contrario no hay justicia...”.

En definitiva, las reglas que nos proporciona Mosset Iturraspe constituyen una importante guía a los fines de cuantificar el daño moral y resaltan la labor del abogado, que es el que tiene que acercar al juez los hechos, las pruebas que fundamenten el reclamo y el juez al decir el derecho empleará un criterio de flexibilidad en la determinación del quantum: **“que tenga piso, que tenga techo, que tenga razonabilidad”**.

La propuesta del excelente jurista santafesino se acerca mucho a la solución abordada por el Tribunal en el sublite.

La Cámara también emplea un criterio de flexibilidad: **“la apreciación del daño moral está limitada por la cuantía del reclamo”** (techo de la indemnización) y ese criterio lleva implícita la necesidad de razonabilidad dado que si es exorbitante es el juez el que debe computar la entidad y magnitud de la lesión.

### **Las grandes directivas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para cuantificar el daño moral:**

La Corte viene sosteniendo que: "...Para la determinación del resarcimiento, las normas aplicables confieren a la prudencia de los magistrados un significativo cometido, no los autoriza a prescindir de uno de los requisitos de validez de los actos judiciales, cual es la fundamentación...". (J.A., 1995, II,19).

Asimismo en otro fallo, el máximo Tribunal afirma que: "...la motivación no tiene pautas "asépticamente jurídicas", sino que al juzgar prudencialmente sobre la fijación del resarcimiento no deben desatenderse las reglas de la propia experiencia y del conocimiento de la realidad...". (J.A., 1994, I,159).

Y en esta inteligencia, también sostiene que: "...Se impone el Tribunal el deber de examinar las pretensiones deducidas, prudentemente, y verificar si se han producido los perjuicios que se reclaman, evitando cuidadosamente no otorgar reparaciones que puedan derivar en soluciones manifiestamente irrazonables...". (J.A., 1997, III,142).

A mayor abundamiento, el Dr. Ramón Pizarro explica que si bien la Corte prioriza la pauta de la realidad económica (hay apartamiento de la realidad económica cuando el resultado al que la sentencia llega no se corresponde en forma objetiva y razonable con los valores en juego, desentendiéndose de las consecuencias patrimoniales que produce), en el caso Santa Coloma (5/8/86, E.D. 120-649) sostuvo que la sentencia apelada lesionaba el principio alterum non laedere que tiene raíz constitucional (art.19). 5).

En ese caso, la Cámara había condenado a pagar una indemnización puramente simbólica por el daño moral provocado por la muerte de tres hijos, ocurrida en un accidente ferroviario.

### **Las conclusiones de las XXI Jornadas de Derecho Civil:**

Sobre la problemática que nos ocupa se expidió la Comisión N° 2 "Cuantificación de la indemnización por daños personales" que afirmó de Lege

data que: "... 5) El sistema de cuantificación judicial de los daños a la persona muestra un panorama de preocupante anarquía que conspira contra los valores de seguridad, equidad y justicia... 7) La valoración y cuantificación del daño moral deben tener en cuenta las pautas empleadas mayoritariamente por pronunciamientos judiciales expedidos en casos razonablemente afines a los efectos de evitar decisorios contradictorios en relación al tema. A tales fines, resulta altamente conveniente confeccionar tablas comparativas de antecedentes judiciales..."

### **Algunas reflexiones finales sobre la relevancia del fallo:**

El problema de la cuantificación del daño moral sigue vigente y la anarquía que lo caracteriza atenta contra la predecibilidad y por ende contra la seguridad del sistema judicial.

Nos hemos detenido en las reglas que ha propuesto como guía el Dr. Mosset Iturraspe, también mencionamos las pautas directrices que ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las conclusiones de las XXI Jornadas de Derecho Civil que no hacen más que reconocer la existencia de la dispersión en las soluciones jurídicas y la necesidad de elaborar tablas comparativas de antecedentes judiciales.

Dicha necesidad ha sido reconocida también por el doctrinario santafecino, por el Dr. Ramón Pizarro y por la Dra. Zavala de González.

Además la Dra. Zavala de González afirma (en 1998,1057) que la falta de predecibilidad en la determinación del quantum del daño moral conlleva la imposibilidad de llegar a soluciones extrajudiciales y consecuentemente aumenta considerablemente la litigiosidad.

En el mismo sentido, el Dr. Gabriel Stiglitz y la Dra. Ana Gandolfo de Stiglitz (en 1999, 189) han elaborado pautas para la fijación del quantum: "...la magnitud del bien jurídico lesionado, la intensidad del dolor, la gravedad del padecimiento espiritual, la repercusión del agravio en el ser existencial.

También manifiestan que a los fines de valorar la gravedad del padecimiento, debe tomarse en cuenta, en principio, el sufrimiento que a una persona común, ocasionalmente normalmente el hecho (criterio objetivo o abstracto) y en casos particulares la repercusión concreta generada en la víctima misma en función de su personalidad (criterio subjetivo o en concreto).

Y es precisamente, este criterio subjetivo o en concreto, el que adopta el Tribunal en el fallo que nos ocupa al sostener que nadie mejor que la víctima está en condiciones de mensurar el dolor que ha padecido.

Y ello, sin apartarse de las otras pautas directrices elaboradas por la doctrina como la razonabilidad y por la Corte, cuando hace especial hincapié en la fundamentación de los jueces.

De allí, la relevancia del fallo, que sintetiza las corrientes más importantes sobre el tema con un pragmatismo destacable y sólo en el caso de reclamos exagerados deja la valoración al prudente criterio del juez.

Creemos que el criterio plasmado en el fallo marca un iter a seguir en esta temática al que debería sumarse la elaboración de tablas comparativas de antecedentes judiciales sobre los daños morales más comunes, y que este camino conduce sin lugar a dudas a la reparación integral del daño moral, cumpliéndose el imperativo constitucional del art. 19 de la Constitución Nacional.

Publicado en La Ley, 2008, B, 334.

#### Bibliografía:

CSJN, 4 - 10-94, J.A. 1995 – II – 19.

CSJN, 10-11-92, J.A. 1994 – I- 159.

CSJN, 24-9-96, J.A. 1997 – III, 142

Conclusiones de la Comisión N° 2 de las XXI Jornadas de Derecho Civil, septiembre de 2007, Facultad de Derecho de Lomas de Zamora.

Mosset Iturraspe, Jorge. “Cuantía del resarcimiento por Daño Moral”, Daño Moral, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba, Colección Estudios de Derecho Civil, 1994, 31 – 48.

Pizarro, Ramón Daniel. “La cuantificación de la indemnización del daño moral en el Código Civil, Revista de Derecho de Daños, (2001 – 1), Rubinzal Culzoni Editores, 337 – 348.

Stiglitz, Gabriel A., Ana Gandolfo de Stiglitz, *Resarcimiento del DAÑO MORAL, Civil, Comercial y Laboral*, Editorial Juris, Rosario, Prov de Santa Fe, marzo de 1999.

Matilde Zavala de González, “Cuanto por daño moral”, La Ley, 1998 – E, 1057.  
Gabriel A. Stiglitz, Ana Gandolfo de Stiglitz, *Resarcimiento del DAÑO MORAL, Civil, Comercial y Laboral*, Editorial Juris, Rosario, Prov de Santa Fe, marzo de 1999.

**Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F (CNCiv)(SalaF)

**Fecha:** 11/10/2007

**Partes:** Ala, Claudio Salvador c. Lim Chae Hong y otro s/daños y perjuicios

**Publicado en:** LA LEY 26/03/2008, 3, con nota de Graciela B. Ritto - LA LEY 2008-B, 334,  
con nota de Graciela B. Ritto

---

### **SUMARIOS:**

A diferencia de lo que sucede en los supuestos de daños materiales o a la persona cuya entidad se determina por peritos, la apreciación de la intensidad de los padecimientos que produce el daño moral en el damnificado está limitada por la cuantía del reclamo ya que, es la víctima quien se encuentra en mejores condiciones de mensurar el dolor, la aflicción o los padecimientos que ha tenido a raíz del hecho.

El resarcimiento del daño moral es estimable en consideración a los dolores y padecimientos del damnificado a partir del accidente de tránsito sufrido, el tiempo de convalecencia hasta su restablecimiento, y las demás repercusiones anímicas que provocaron las lesiones sufridas.

### **TEXTO COMPLETO:**

2ª Instancia. — Buenos Aires, octubre 11 de 2007.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta el doctor Zannoni, dijo:

1. La sentencia apelada, dictada a fs. 415/422, y aclaratoria de fs. 424 hace lugar a la demanda promovida por Claudio Salvador Ala contra Lim Chae Hong, a quien condena a abonar al actor la cantidad de \$ 10.230 con más los intereses y las costas como responsable del accidente de tránsito acaecido el 21 de junio de 2001 a las 22:40 horas aproximadamente en la intersección de calle Colombres con Cochabamba de esta Capital Federal. En la ocasión el actor conducía el furgón Daewo Dama, dominio DIV ..., y al llegar a la intersección de Colombres intentó cruzarla pues el semáforo en verde le habilitaba el paso. En ese momento el automóvil Mazda 626 dominio SES ... que avanzaba por Colombres no se detuvo a pesar de que la señal lumínica así se lo exigía, y embistió al furgón que sufrió daños, provocando, además, lesiones al actor. El conductor del Mazda se dio a la fuga.

Al contestar el traslado de la demanda, el propietario del Mazda 626 Lim Chae Hong (ver certificado de dominio agregado a fs. 11) adujo que el accidente no pudo ser causado por su automóvil puesto que, desde antes de la fecha del suceso y hasta meses después de él, se hallaba fuera de uso, en reparaciones en un taller mecánico. En otras palabras, negó la participación de su automóvil en el accidente. Sin embargo, el Señor juez a quo valorando los testimonios de Héctor Apecechea (fs. 102/104) y de Sergio Ismael Almirón (fs. 133/134), ambos testigos que presenciaron el suceso, y la pericia mecánica del Ingeniero Jorge Emilio Bourdieu obrante a fs. 152/163, considera probado que el automóvil embestidor fue el Mazda de Lim Chae Hong. En consecuencia, lo condena a resarcir, en lo que considera admisible, los daños reclamados por el actor.

2. Apelan ambas partes. En su memorial de fs. 460/466, el actor considera insuficiente el resarcimiento dispuesto por la incapacidad sobreviniente -física y psíquica-, por el daño moral padecido y la tasa de interés que la sentencia dispone adicionar al capital de la condena. En cambio la parte demandada en su memorial de fs. 469/472 insiste en la no participación del automotor de su dominio en el hecho del accidente, en la mendacidad de los testigos Apecechea y Almirón, y considera que el sentenciante ha interpretado arbitrariamente el modo en que ocurrió el accidente.

3. Comienzo por los agravios de la demandada. En puridad el memorial no constituye, estrictamente, una crítica concreta y razonada del pronunciamiento apelado en los términos del art. 265, CPCC. En efecto, a su lectura advierto en algunos tramos cierta incongruencia, y en otros sólo la disconformidad con aspectos que fueron considerados expresamente por el magistrado de la anterior instancia sin realizar, reitero, una crítica concreta y razonada del criterio que ha guiado su pronunciamiento.

Lo relativo a la mendacidad de los testigos Apecechea y Almirón es una mera reiteración de alegaciones realizadas en la anterior instancia en los términos del art. 456 del CPCC acerca de la no idoneidad de esos testimonios. Que el primero dijese que el Mazda era de color oscuro, quizás azul oscuro "o algo así", cuando es de color gris oscuro, fue considerado irrelevante -máxime en razón del tiempo transcurrido entre el hecho y la declaración-; que el segundo afirmara que el Daewo Dama volcó cuando en realidad el vuelco no está probado, lo que lleva al Señor Juez a quo a prescindir de esa circunstancia del relato, no causa agravio al demandado. Tampoco lo causa el hecho de que magistrado señale que "la cuestión de una factible trayectoria del Daewo luego del embestimiento chocando contra otro auto no fue alegado por el actor en su escrito de inicio ni señalado por los testigos, por lo que dicha circunstancia fáctica será considerada como inexistente". Se trata de cuestiones que no inciden en la solución del pleito, máxime cuando la recurrente no se agravia de los daños que la sentencia condena a reparar.

Voto, en consecuencia, por confirmar lo resuelto en este aspecto.

4. Debemos ahora abocarnos a los agravios de la parte actora. Comenzaré por la consideración de los rubros resarcitorios correspondientes a la incapacidad sobreviniente y al daño moral.

Ante todo es menester precisar el modo en que el actor planteó su reclamo al demandar. Solicitó se condenase al demandado a pagar \$ 3000 por incapacidad sobreviniente de carácter parcial permanente. Reclamó por las secuelas derivadas de los "politraumatismos de costilla derecha y hombro izquierdo y latigazo de cuello", comprendiendo en su reclamo el daño psíquico.

La sentencia condena a pagar esa suma. Ciertamente es que en este tipo de reclamos se ha de estar a lo que determine la pericia médica y psicológica pues, la suma demandada deja a salvo lo que en más o en menos resulte de dichas pericias.

El dictamen médico determina que el actor padece como secuelas del accidente disminución de la movilidad de la articulación del hombro, según se describe en el informe relativo al examen clínico, físico y funcional, cervicalgia crónica, también con limitación de movimientos y un cuadro de depresión reactiva en estado moderado, aconsejando un tratamiento de psicoterapia individual para evitar el agravamiento del cuadro durante 12 a 18 meses a razón de dos sesiones semanales (ver informe psicológico agregado a fs. 383). El perito estima una incapacidad del 19%.

Bien es sabido que al estimarse indemnizaciones en el ámbito de la responsabilidad civil en concepto de incapacidad sobreviniente no es preciso atender a porcentajes o baremos de incapacidad que son usuales en las indemnizaciones tarifadas en el derecho laboral. La indemnización por este concepto tiene por finalidad cubrir no sólo las limitaciones de orden laboral, sino también la proyección del menoscabo sufrido con relación a todas las esferas de su personalidad. Sin embargo, aun cuando el dictamen pericial no tenga carácter vinculante para el juez, éste para apartarse de sus conclusiones debe encontrar apoyo en razones serias, objetivamente demostradas o inferibles de las circunstancias del caso de acuerdo a los hechos comprobados de la causa reveladores de que el dictamen se halla reñido con principios lógicos o máximas de la experiencia o contradice el restante material probatorio objetivamente considerado -arg. art. 477 del CPCC- (conf., Palacio, Derecho Procesal Civil, t. IV, pág. 720; Sala E, R. 1159 del 20/9/83; Sala A, R. 3556 del 13/3/84; esta Sala en sentencia libre del 132.097 del 28/2/94, sentencias libres 156.750 y 164.398, ambas del 11/5/95; sentencia libre del 29/2/96, entre otros).

Así, pues, si al formular el reclamo el actor estimó una suma por incapacidad - en el caso \$ 3000- sujeta a lo que en más o en menos surgiese de la prueba, el sentenciante no debe pasar por alto el dictamen médico aun cuando, ya lo sabemos, el rubro no está regido por baremos de incapacidad que son usuales

en las indemnizaciones tarifadas en el derecho laboral.

Por esto considero que corresponde elevar sustancialmente el monto de la condena y propongo fijarlo en \$ 16.500 que comprende la incapacidad sobreviniente y el costo del tratamiento psicoterapéutico estimado.

Distinto es el temperamento a adoptar en cuanto al resarcimiento del daño moral, que es estimable en consideración a los dolores y padecimientos del damnificado a partir del accidente sufrido, el tiempo de convalecencia hasta su restablecimiento, y las demás repercusiones anímicas que provocaron las lesiones inferidas. Si bien no es susceptible de prueba directa Sin embargo, aun cuando el dictamen pericial no tenga carácter vinculante para el juez, éste para apartarse de sus conclusiones debe encontrar apoyo en razones serias, objetivamente demostradas o inferibles de las circunstancias del caso de acuerdo a los hechos comprobados de la causa reveladores de que el dictamen se halla reñido con principios lógicos o máximas de la experiencia o contradice el restante material probatorio objetivamente considerado -arg. art. 477 del CPCC- (conf., Palacio, Derecho Procesal Civil, t. IV, pág. 720; Sala E, R. 1159 del 20/9/83; Sala A, R. 3556 del 13/3/84; esta Sala en sentencia libre del 132.097 del 28/2/94, sentencias libres 156.750 y 164.398, ambas del 11/5/95; sentencia libre del 29/2/96, entre otros). (CNCivil, Sala A, 10/11/97, LL, 1999-A-484 -fallo 41.189-S- y JA, 1998-III-334; Sala D, 9/9/99, LL, 2000-C-948 -jurisprudencia agrupada, caso n°15.080-; Sala G, 19/10/80, JA, 1981-IV-329; Sala E, 30/3/84, JA, 1984-III-293; esta Sala, 29/10/99, LL, 2000-E-924, etcétera).

Por tal razón esta Sala ha resuelto en diversos precedentes que, a diferencia de lo que acaece en los supuestos de daños materiales o a la persona cuya entidad se determina por peritos, la apreciación de la intensidad de los padecimientos que produce el daño moral en el damnificado está limitado por la cuantía del reclamo ya que es la víctima quien, mejor que nadie, está en condiciones de mensurar el dolor, la aflicción o los padecimientos que ha tenido a raíz del hecho. La cuantificación queda librada al criterio prudente de los magistrados, cuando la estimación del reclamante parece exorbitante, y es en ese caso que los jueces deben computar la entidad y magnitud de la lesión o

agravio en función de las proyecciones de la persona en sus esferas existencial y psíquica, de sus padecimientos, de su dolor físico, de sus miedos, angustias y sufrimientos.

Por lo expuesto, y habiendo el actor estimado el resarcimiento del daño moral en \$ 5000 -suma ésta que guarda razonabilidad de acuerdo a lo resuelto en casos análogos al presente- entiendo que dicha suma debe ser confirmada.

5. Se queja el actor, también de que la sentencia haya resuelto aplicar al capital de la condena los intereses a la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina. Considera que debiera ser aplicada la tasa activa promedio.

Tengo dicho que corresponde liquidar los intereses a la tasa pasiva promedio dispuesta por el art. 10 del decreto 941/91, por aplicación de la doctrina del fallo plenario en "Vázquez c. Bilbao" de 1993 (LA LEY, 1993-E, 126), que constituye doctrina legal del fuero, y que fuera ratificada respecto a los intereses devengados aún después del 6 de enero de 2002, en el fallo plenario del 11/11/2003 en la causa "Alaniz, Ramona E y otro c. Transportes 123 SACI" del 23/3/04, computando dichos intereses desde la fecha del hecho que motiva el reclamo (conf., esta Cámara, en pleno, 16/12/58, LA LEY, 93-667).

La obligatoriedad que tiene la doctrina legal (art. 303 del CPCC) impide, a mi juicio, ensayar la aplicación de tasas de interés diversas con fundamento en criterios que por muy respetables que puedan parecer, coadyuvarían a resentir la seguridad jurídica que la doctrina legal tiende a privilegiar. No se me oculta que la emergencia económica que afecta al país desde principios del año 2002, y el abandono de la convertibilidad del peso, implicaron una alteración significativa en el valor de la moneda, coadyuvante a su depreciación. Pero esto no nos autoriza a sostener apriorísticamente que la tasa pasiva promedio dispuesta por el art. 10 del decreto 941/91 no preserva, razonablemente, el principio de integridad de la condena.

6. En suma, si se comparte mi voto, corresponde confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide y modificarla sólo respecto al monto de la condena en concepto de incapacidad sobreviniente física y psíquica elevándolo

a \$ 16.500. Las costas de esta instancia deben ser impuestas al demandado, perdidoso (art. 68 del CPCC).

Por análogas razones a las aducidas por el vocal preopinante, los DOCTORES GALMARINI y POSSE SAGUIER votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada en lo principal que decide y se modifica sólo respecto del monto de la condena en concepto de incapacidad sobreviniente física y psíquica elevándolo a \$ 16.500. Las costas de esta instancia deben ser impuestas al demandado, perdidoso (art. 68 del CPCC). Toda vez que este tribunal ha modificado lo resuelto por el Sr. juez de primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el art. 279 del Código Procesal, corresponde adecuar los honorarios de los profesionales intervinientes en autos.

Por ello, en atención al monto del proceso (capital e intereses); trabajos realizados apreciados por su importancia, extensión y calidad; resultado obtenido, y lo dispuesto por los arts. 6, 7, 9, 37, 38 y conchs. de la ley 21.839 - mod. por la ley 24.432-, se regulan los honorarios de la Dra. S. G. R., letrada patrocinante de la actora, por su actuación en las dos primeras etapas del proceso, en CUATRO MIL DOSCIENTOS PESOS (\$4200). Asimismo, se regulan los honorarios del Dr. J. A. R., letrado patrocinante y luego también apoderado de la demandada en las tres etapas del proceso, en CUATRO MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$4400).

Por la labor del perito médico Dr. F. G. S., apreciada por su importancia y calidad, teniendo en cuenta lo dispuesto en lo pertinente por la ley 24.432, se regulan sus honorarios en MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$1650).

Por la tarea del perito ingeniero mecánico J. E. B., apreciada por su importancia y calidad, teniendo en cuenta lo dispuesto por el decreto-ley 7887/55 -mod. por dec.ley 16146/57 y ley 21.165- y en lo pertinente por la ley 24.432, se regulan sus honorarios en MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$1650).

Por la labor de Alzada (art. 14 del arancel), se regulan los honorarios de la Dra.

R. en MIL NOVECIENTOS PESOS (\$1900) y los del Dr. R. en MIL TRESCIENTOS PESOS (\$1300).

Por la labor realizada por el mediador Dr. E. Z., teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 21, inc. 3 del decreto reglamentario 91/98, se regulan sus honorarios en SEISCIENTOS PESOS (\$600).

Con relación a los letrados, deberán adicionarse en su caso y en los términos de los arts. 79 y 80 de la ley 1181 del G.C.B.A. y Acordada N° 06/05 de la C.S.J.N., el aporte previsional tenido en cuenta por el Sr. Juez a quo en la resolución apelada. Notifíquese y devuélvase. — Eduardo A. Zannoni. — José Luis Galmarini. — Fernando Posse Saguier.

---

### **Daño Moral Contractual y Extracontractual:**

El Código Civil consagra un doble régimen de responsabilidad: la originada en el incumplimiento obligacional (arts. 505 a 514, 519 a 522, 622 y concordantes) y la aquiliana (arts. 1066 y siguientes, 901 y concordantes, siendo las diferencias fundamentales la extensión del resarcimiento y el plazo de prescripción liberatoria.

En lo que interesa a nuestro objeto de estudio, el Código trata del daño moral contractual en el artículo 522 y del extracontractual en el 1078.

En el ámbito contractual o de incumplimiento obligacional, el artículo 522 prescribe que: "...En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso...".

En el ámbito extracontractual, el artículo 1078 regula: "...La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral causado a la víctima...".

Mosset Iturraspe (en 1999, 99) reflexiona acerca de los dos regímenes de responsabilidad y afirma que en el artículo 1078 hay una responsabilidad con base legal, genérica y abstracta que el juez debe aplicar probado el daño y en el artículo 522, la responsabilidad tiene base judicial en la equidad y es facultativo para el magistrado condenar o no el daño moral.

La responsabilidad aquiliana tiene su fundamento en el principio general de no dañar a otro (*alterum non laedere*) de base constitucional.

## **Las dos corrientes de interpretación del artículo 522 del Código Civil:**

La tesis amplia: es partidaria de reparación de todo daño moral existente o demostrado.

El podrá del artículo 522 carece de sentido (Bueres), o bien debe leerse como podrá si no está probado pero deberá si el daño moral se demuestra (Brebba). No puede ser entendido como una facultad discrecional (Trigo Represas). (Mosset Iturraspe, 1999, 101).

Requisitos para la procedencia de la indemnización: la existencia de un contrato válido, un incumplimiento de las obligaciones emergentes del mismo, el factor de atribución de responsabilidad objetivo o subjetivo que haga imputable el incumplimiento del deudor, la relación de causalidad adecuada entre el incumplimiento y el daño y un daño moral resarcible.

En lo relativo a la prueba se enfatiza que debe ser acreditado debidamente por la víctima o bien procede cuando resulta resulta notorio según Bueres (Jornadas de San Juan).

La tesis restringida: El podrá atiende a la potestad del magistrado y reconoce su origen en el Código suizo de las obligaciones (arts. 47 y ss.).

En esta corriente están los que alegan que el daño moral debe ser grave en su intensidad, los que defienden la prueba indubitable, los que no reconocen el dolor contractual sino los daños a la persona, los que postulan la sanción mixta (sanción al ofensor y reparación para el damnificado) y entonces exigen culpa grave o dolo para hacer lugar a la indemnización.

Incorporan así exigencias que no se derivan de la norma: gravedad del sufrimiento, prueba del dolo, intensidad para negar las simples molestias y dar lugar a las molestias más profundas

Para esta concepción la sentencia que hace lugar al daño moral contractual no sería declarativa sino constitutiva del derecho, y este carácter constitutivo de la sentencia está íntimamente vinculado a la sanción ejemplar.

Al respecto, Llambías, que es uno de los máximos defensores de la sanción ejemplar, (en 1973, 353) discurre que: "...Es interesante poner de relieve la fórmula muy apropiada del art. 522. No determina una automática indemnización de todo daño moral proveniente de un contrato... En esa locución son importantes: 1) el podrá que remite a la prudencia y discreción del juez 2) el condenar que aclara el sentido punitivo y no resarcitorio que en esa situación tiene la sentencia. 3) la mención del agravio moral que ciñe el pronunciamiento al daño moral intencionado o proveniente del dolo del deudor, 4) el causado que indica la necesidad de que el dolo del deudor sea la causa eficiente del a lesión. No se trata pues de medir o pondera un daño, sino de apreciar la gravedad de una falta a fin de graduar, justamente, es decir con justicia, la importancia de la pena a que el deudor se ha hecho merecedor...".

Daño moral por incumplimiento obligacional o contractual:

Ya nos detuvimos en los presupuestos de su configuración pero es menester resaltar que debe existir una obligación preexistente emanada de un contrato válido (no viciado de nulidad) o de otra fuente obligacional.

Pizarro insiste (en 2000, 152) en que en la llamada órbita contractual es más amplia de lo que parecería y por analogía abarca otros supuestos, así la doctrina admite que se apliquen sus preceptos en materia de actos jurídicos unilaterales entre vivos, de contenido patrimonial, involucrando a las obligaciones emergentes de la voluntad unilateral y a la gestión de negocios, regida por las acciones del mandato, en la medida de la utilidad de la actividad.

La legitimación activa para reclamar daño moral contractual:

Es el acreedor, en principio, el único titular de la acción resarcitoria como consecuencia del principio de la relatividad de las convenciones (arts. 503, 1195 y concordantes).

En definitiva, el artículo 522 del CC consagra la reparación del daño moral en materia obligacional.

La doctrina discute el alcance del rol del juez que prescribe la normativa y pensamos siguiendo a Pizarro (en 2000, 160) que la función del magistrado es la misma, tanto en los actos ilícitos como en el incumplimiento contractual.

En este sentido reflexiona el prestigioso jurista citado precedentemente que: “ No alcanzamos a comprender por qué en materia contractual el rol del juez debe ser de equidad y en la órbita aquiliana de justicia ...La equidad (valor fundado) es uno de los caminos que permiten llegar a la justicia (valor fundante) pero no el único. Está también la seguridad, que no puede ser soslayada en esta materia...”.

Creemos que el daño moral derivado de un ilícito contractual o extracontractual debe recibir el mismo tratamiento por el ordenamiento jurídico si la responsabilidad civil se basa en el damnificado y en este orden de ideas se expidió el despacho final de las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1984. (Zavala de González, Bueres, Vazquez Ferreira, Gabriel Stiglitz, Chiappero de Bas, Sandioval Luque, Junjet de Sandoval y Pizarro).

Asimismo han adoptado esta línea de pensamiento jurídico, los proyectos de reforma del Código Civil de 1987, el proyecto de la Comisión de Legislación General (con sanción de la Cámara de Diputados) y el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1992. (la indemnización comprende el daño moral).

Y en rigor de verdad, esta es la jurisprudencia dominante en la actualidad, que se concreta aún más en las relaciones de consumo, en las que impera el principio de la interpretación pro consumidor (art. 3º de la ley 24.240).

En este ámbito, el doctor Carlos Alberto Guersi y la doctora Celia Weingarten (en 2008, 237) argumentan que: "...La Ley del Consumidor en el artículo 40 establece precisamente a través del daño causado por el riesgo y vicio del bien o servicio, la unificación del campo contractual y extracontractual, incorporando además a los obligados a la reparación en forma solidaria, a la cadena de producción / comercialización...".

### **El daño moral extracontractual:**

El acto ilícito es la vulneración del deber de no dañar a las personas, en sí mismas o en sus bienes, *neminem laedere*.

Pero al decir de Mosset Iturraspe (en 1999, 156): "No es verdad que baste o sea suficiente para responsabilizar al agente del daño causado; es preciso además que ese daño sea el resultado del obrar antijurídico...".

Existe un deber de no dañar a otro consagrado en el artículo 19 de nuestra Carta Magna, y por supuesto el daño es un presupuesto de la responsabilidad civil y la antijuricidad es otro de los presupuestos, concurrente pero distinto al daño.

De conformidad con la redacción del artículo 1078 de la ley 17.711, para la procedencia de la indemnización del daño moral es suficiente un ilícito civil, ya no un delito de Derecho Penal como en la etapa anterior a la reforma de Borda.

El ilícito civil puede ser o no un delito de derecho criminal, tampoco es necesario que se trate de un ilícito intencionado, realizado con ánimo de perjudicar, un delito (art. 1072). Tanto en el delito como en el cuasidelito (art. 1109) corresponde la reparación del daño moral.

El 1078 del CC, tanto en su formulación originaria como en la vigente, concuerda con lo regulado por el artículo 29 del Código Penal.

El art. 29 de dicho cuerpo normativo dispone que: "...La sentencia condenatoria podrá ordenar:

- 1) La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias.
- 2) La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un 3º, fijándose el monto prudencial por el juez en defecto de plena prueba.
- 3) El pago de las costas..."

Mosset Iturraspe enuncia para ejemplificar, (en 2000, 159), hipótesis comunes de ilícitos generadores de daño moral: el homicidio, las lesiones, el secuestro o privación ilegítima de la libertad, los ilícitos contra la honestidad, los ilícitos contra el honor, los ilícitos contra los bienes que componen el patrimonio, la bigamia, la utilización indebida del nombre, la violación de la imagen, los accidentes deportivos, la concurrencia desleal, las actividades bancarias, las actividades industriales, las actividades profesionales, los accidentes ferroviarios o e tránsito, la vulneración del derecho de autoría y personalidad artística, la violación de la intimidad, la desaparición de cadáveres, entre otros.

El homicidio: regulado por los arts. 1084 y 1085 del CC. En este caso, la ley admite la legitimación activa iure proprio, de ciertos damnificados indirectos (cónyuge y herederos necesarios, es decir ascendientes y descendientes).

Lesiones: reguladas por el art. 1086 del CC. Pueden provocar daños patrimoniales en la medida en que afectan la actividad productiva (pérdidas actuales, daño emergente, o disminución de ganancias futuras, lucro cesante) o daños morales.

Privación de la libertad: regulada por el art. 1087 del CC. Comprende las libertades de movimiento o locomoción. Kemelmajer de Carlucci (en 1994, 41)

con un criterio más amplio la hace extensiva a la determinación económica y social.

En este caso, el daño moral se configura esencialmente con las molestias a la seguridad personal.

Ilícitos contra la honestidad y la libertad sexual: regulados por el art. 1088 del CC y por Libro III del Código Penal como delitos contra la honestidad. El listado del CC es meramente enunciativo (estupro o raptó, cópula carnal por medio de violencias o amenazas a cualquier mujer honesta, seducción de mujer honesta menor de 18 años).

El daño moral no requiere en estos casos prueba determinada, pues es consecuencia de la comisión de estos ilícitos.

Ilícitos contra el honor: regulados por los arts. 1089 y 1090 del CC y por el título II del Código Penal (arts. 109 a 117). La jurisprudencia es conteste en admitir la indemnización del daño moral en los casos de calumnias e injurias y en acusación criminal infundada en la que se imputa un delito.

La calumnia es la falsa imputación de un delito que de lugar a la acción pública (art.109 Código Penal).

La injuria comprende todo atentado contra el honor y se produce cuando se deshonra, desacredita o menosprecia a otro por cualquier medio.

Ilícitos contra los bienes: el daño moral consiste en estos casos en molestias en el goce de los bienes, o afecciones sobre los bienes.

El CC trata los delitos de hurto, usurpación de dinero y daño (1091 a 1095 del CC). El Código Penal de hurto, robo, extorsión, estafa y otras defraudaciones, la usura, quiebra, la usurpación y el daño.

En estos casos como expone Mosset Iturraspe (en 1999,165) se requiere de la prueba del daño moral que estará dada por la demostración del especial goce que el bien originaba o de la intensidad de la afección.

Nulidad de matrimonio, Divorcio y Filiación: el CC admitió originariamente la reparación del daño moral en el caso de nulidad de matrimonio (art. 234, 91 y 109 de la ley 2393), para el cónyuge de buena fe contra el de mala fe y los terceros cómplices del error y tal solución se mantiene en el art. 225 de la ley 23.515.

En el caso del divorcio, cuando alguno de los cónyuges incurre en las causales del 202 del CC, obra antijurídicamente y si además causa un daño cierto al inocente, la doctrina actual se inclina por considerar que se aplican los principios generales de la responsabilidad civil por daño patrimonial o moral.

En esta línea jurisprudencial se ha pronunciado la Cámara Nacional Civil en pleno en 1994. (La Ley, 1994, E, 538).

En lo concerniente a la filiación, el doctor Zannoni entiende que la actitud de los progenitores de no reconocer a un hijo extramatrimonial representa una conducta ilícita con idoneidad para generar daño moral, siempre que medie culpa o dolo en su conducta (La Ley, 1990, A, 1).

La violación de la imagen: el derecho a la imagen está comprendido en los modernos derechos de la personalidad (art. 31 de la ley 11.723). Dice Mosset Iturraspe (en 1999,168) que la simple publicación de la fotografía de una persona con fines comerciales sin la debida autorización genera un daño moral que debe ser indemnizado.

Lesión a la intimidad: regulado en el art. 1071 bis del CC. Comprende el derecho a la tranquilidad, la autonomía y el control de la información personal. En opinión de Pizarro (en 2000, 415) la valoración del daño moral debe realizarse teniendo en cuenta la personalidad de la víctima (si es mayor o

menor de edad), la índole de la intrusión, la gravedad objetiva del perjuicio, la mayor o menor divulgación.

El derecho moral del autor: regulado en los arts. 1º y 2º de la ley 11.723. Se materializa en el derecho al respeto de la obra, aún cuando se hubiese desprendido de sus derechos a favor de un tercero, a que se respete su nombre o seudónimo, a publicar o no publicar, a suspender la publicación, etc. La vulneración de este derecho es pasible de generar daño moral.

Derecho a la igualdad: la violación de este derecho se concreta a través de la discriminación cuya sanción y reparación está prevista en la ley 23.592 (art. 1º).

Pretensiones judiciales infundadas: la jurisprudencia ha receptado el reclamo del daño moral basado en acciones judiciales infundadas. El art. 99 de la ley 24.522 de quiebras prevé daños y perjuicios que deberán ser afrontados por quien la petición con dolo o culpa grave, cuando la sentencia de quiebra sea revocada.

La utilización indebida del nombre: es una conducta antijurídica susceptible de generar daño moral (reclamación del nombre cuando su uso fuese desconocido por terceros, derecho de exigir que otros cesen en su uso, derecho de reclamar el cese de la utilización maliciosa para designar cosas o personajes de fantasía).

Responsabilidad por riesgo creado: regulada en el art. 1113, 2º parte del CC. Es plenamente reparable el daño moral, así como lo es también en los demás supuestos de responsabilidad objetiva.

En lo que a ello se relaciona, las VII Jornadas de Derecho Civil de 1979, en una de las recomendaciones formuladas declararon que eran reparables los daños morales originados en el riesgo de la cosa ( Bustamante Alsina, Trigo Represas, Compagnucci de Caso, Kemelmajer de Carlucci, Menvielle de Carena y Brebbia).

Hemos abordado la problemática del daño moral contractual y extracontractual, por lo que pensamos que es oportuno ahora referirnos a los presupuestos del daño moral resarcible que son comunes a ambos regímenes de responsabilidad.

### **Los requisitos del daño moral resarcible:**

En opinión del destacado jurista Pizarro (en 2000, 102) que compartimos, el daño moral debe ser cierto, personal – aunque no necesariamente exclusivo – del damnificado y derivar de la lesión a un interés jurídico o espiritual.

a) **La certeza del daño:** enseña el doctor Zannoni (en 1989, 44) que la certidumbre del daño se relaciona con la consecuencia que genera la acción lesiva y también con la índole del interés lesionado. La certeza implica la existencia, aún cuando no pueda determinarse la cuantía más que aproximadamente. Es importante recordar que en general y sobre todo en el ámbito de la responsabilidad aquiliana, la existencia se tiene por acreditada in re ipsa por la sola circunstancia del hecho ilícito y la legitimación activa para reclamar.

b) **Daño moral actual y futuro:** el daño moral no es el dolor, la pena, la angustia que constituyen su exteriorización sino el menoscabo a un interés jurídico espiritual que tiene un contenido estrictamente subjetivo o espiritual. Dicha lesión puede existir aún cuando falte comprensión por parte del damnificado (daño moral de las personas sin discernimiento). En función de ello, es indudable que el daño moral puede proyectar sus efectos hacia el futuro (ceguera, hemiplejía, impotencia sexual). Ese daño moral futuro es cierto e indemnizable. Y en lo relativo a la pérdida de chance al decir de Pizarro (en 2000, 107) la doctrina moderna admite el valor económico o espiritual que en sí mismo tiene la existencia de la chance que puede provocar un menoscabo derivado de su pérdida. Zavala de González reconoce que nada impide la existencia de chances espirituales que el hecho malogra y que hacen al bienestar e integridad espirituales, en sentido amplio. (pérdida de chances matrimoniales para el hombre o la mujer o imposibilidad de mantener

relaciones sexuales o sociales derivadas de lesiones a la integridad psicofísica).

c) **Subsistencia del daño:** el daño debe subsistir al momento de dictarse la sentencia y esta exigencia está directamente vinculada con la certidumbre.

### **El carácter personal de la acción:**

El requisito de la personalidad del daño resarcible implica que sólo la persona que sufre el perjuicio moral, de manera directa o indirecta puede peticionar la reparación.

El daño moral puede ser directo o indirecto. Es directo cuando el titular del interés lesionado es el damnificado y es indirecto cuando el perjuicio propio alegado por el accionante deriva de una lesión a bienes patrimoniales o extramatrimoniales de un tercero (caso del homicidio en el que la viuda y los hijos del muerto que son damnificados indirectos pueden reclamar iure proprio la reparación del daño moral de acuerdo con el art. 1078).

En el caso del daño moral la cuestión de los damnificados indirectos está acotada por la normativa de manera inequitativa y contraria a los principios constitucionales, pero a esta temática que es el núcleo central de nuestra investigación nos referiremos más adelante.

También vinculada con el carácter personal de la acción es la supuesta intransmisibilidad de la acción a terceros por actos entre vivos, salvo que la víctima la hubiera deducido y que merece un capítulo aparte en su análisis.

Otra arista muy importante en la vida moderna, es la de los daños colectivos (daño ambiental, por productos elaborados).

En estos supuestos el perjuicio no deja de ser propio del damnificado aunque el hecho generador haya extendido la lesividad a un número indeterminado de personas y para reclamar quien pretende la indemnización tiene que invocar el carácter personal que tiene el daño. (Pizarro, Ramón, 2000, 116).

### **La transmisión de las pretensiones “mortis causa”:**

Explica el doctor Alberto J. Bueres (en 1999, 189) que el art. 1078 sienta el carácter personal de la acción para reclamar el daño moral en vida de la víctima – sin defecto de lo dispuesto por el art.1080 y además si sobreviene la muerte de ésta sólo los herederos forzosos – según la norma – pueden solicitar el resarcimiento por derecho propio y en calidad de damnificados indirectos.

Luego afirma el eximio jurista, que de todas maneras, si la víctima inicia la acción en vida, hay criterio formado acerca de que dicha acción puede ser continuada iure sucessionis por sus herederos en general (forzosos y no forzosos, legítimos o testamentarios) e inclusive por sus sucesores universales no herederos (legatario de cuota, nuera, viuda).

Agrega que la cuestión mencionada precedentemente fue decidida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal, en un fallo plenario de fecha 7/3/77, en los autos “Lanzillo, José A. c. Fernández Narvaja, Claudio”, en el que la mayoría de los jueces que votaron en plenario se inclinó por la buena doctrina, al entender que la acción en curso puede ser continuada por los herederos en general, para lo cual se adujo que el art. 1099 debía ser aplicado en forma analógica.

En dicho fallo plenario se sostuvo que: “La acción en curso por reparación del daño moral puede ser continuada por sus herederos”. (ED, 72, 320).

El doctor Bueres (en 1999, 193) manifiesta que: “Nosotros pensamos de entrada que el art. 1078 es categórico cuando establece que la acción indemnizatoria sólo competará al damnificado directo (en vida de él, claro está). Hay pues un personalismo originario o genético con respecto a la retención, pese a que no cuadra entender que existe inherencia personal (puesto que si la hubiera el derecho y la acción para reclamarlo se extinguirían por la muerte y en ningún caso pasarían a los herederos). Además, el art. 1109, que contiene

el principio de responsabilidad por culpa, efectúa una remisión a las disposiciones relativas a los delitos del Derecho civil. Vale decir que en el caso hay un reenvío al art. 1099. Esta última disposición menciona los supuestos de delitos que ocasionan daño moral, específicamente, aunque no excluye que esos mismos ilícitos puedan generar o no daños materiales...En rigor, el mencionado art. 1099 se refiere exclusivamente al daño moral (“sino daño moral”), puesto que el daño material es ajeno al problema del ejercicio de la acción (no porque no pueda existir)...Visto así el asunto, la remisión del art. 1109 a las disposiciones inherentes a los delitos civiles, permite entender que no todo lo que en apariencia no está en el art. 1099 queda fuera de su ámbito – como se ha dicho - . En consecuencia, la intransmisibilidad de la acción por daño moral que sienta el último precepto , excepto cuando ella fue iniciada por el causante antes de morir, alcanza a los delitos (art. 1072), a los cuasidelitos (art. 1109) y a los demás actos ilícitos que se atribuyen al dañante sobre la base de un factor de atribución objetivo (art. 907, párr. 2º, 1113, párr. 2º, último supuesto, 2618, etc.)...”.

Advierte, nuestro maestro, que el art. 1099 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial Federal de la Cámara de Diputados de la Nación estatuye que: “La acción para reclamar el daño moral cuando no ha sido deducida por el causante no pasa a los herederos, salvo que se demostrase que áquel se encontraba en imposibilitado para accionar”.

Y entonces relata que se planteó una alternativa dada la diversidad de enfoque de los integrantes que se ocuparon del tema y de los antecedentes doctrinales y legislativos proporcionados por los derechos comparados y argentino y que fueron dos las opciones, adoptándose una postura ecléctica:

Negar legitimación a los herederos cuando la acción no fue promovida en vida del causante (Mosset Iturraspe).

Estimar que los sucesores del damnificado directo fallecido pueden pretender por daño moral aunque éste último no haya promovido la acción (Bures y Banchio).

Y afirma, entonces que el Proyecto abrió una significativa brecha con respecto al principio *actio personalis moritur cum persona*, recogido, al menos parcialmente, por el art. 1099 y que es un resabio de las leyes romanas que negaban la acción al heredero por el delito de injuria cometido en perjuicio del causante – con lo cual establecían una excepción a la regla de la transmisibilidad de los derechos (tradicción que fue continuada por las Leyes de Partidas y por el Derecho francés de finales del siglo pasado y de parte del presente).

Y en lo relativo al traspaso del crédito por daño moral entre vivos, el eminente jurista, asevera que no hay reparos para que el propio damnificado ceda el derecho, poniendo en marcha su voluntad – motor o fuerza impelente para superar el personalismo – por acto entre vivos (1444), sin necesidad de iniciar el juicio para efectuar luego la cesión del derecho (y de la acción).

### **El daño moral como lesión a un simple interés lícito espiritual:**

Una parte de la doctrina exige como requisito del daño resarcible la lesión a un derecho subjetivo para evitar la catarata de reclamos. (Orgaz, Bustamante Alsina, Kemelmajer de Carlucci, Trigo Represas).

El tema es de trascendencia vital en nuestra investigación dado que la solución normativa del 1078 del CC se enrola en este criterio restringido.

Razones de equidad y de tratamiento igualitario nos conducen a seguir una concepción más amplia que defiende con maestría el Doctor Bueres y que también comparte el doctor Pizarro.

El doctor Alberto Bueres, en el fallo plenario de la Cámara Nacional Civil de 1995 ha dicho que: “la juridicidad no puede quedar reducida a la anémica o esmirriada noción de los idealistas enlazada con un derecho subjetivo, normalmente absoluto e incluso limitado o recortado en punto a la extensión de las necesidades a satisfacer. La juridicidad apunta al ordenamiento como una

totalidad, a todas las fuentes del derecho como expresión de lo justo. Va de suyo que dentro de un sistema amplio de atipicidad del daño han de tener cabida inexorable los intereses llamados de hecho o simples (valgan las expresiones), pues mientras ellos sean lícitos y serios su reconocimiento a los fines resarcitorios es una exigencia de la equidad y la solidaridad social. Cuadra enfatizar que la equidad ha de servir en el caso para ponderar y corregir normas – dentro de un sistema del “ius aequum” como el que impera y no de un sistema del “ius strictum” como lo quería el positivismo legalista...”. (La Ley, 1995, C, 642).

En el derecho del “ius aequum”, la lesión a un simple interés lícito espiritual genera la obligación de resarcir el daño moral. Por cierto, nuestro Código adhiere al “ius strictum” en el artículo 1078 y de allí la crítica al sistema de legitimados activos para el resarcimiento que formularemos más adelante.

Y esa es la razón de ser de nuestra investigación... la inserción real de nuestro derecho en el ius aequum, por vía de reforma legislativa o a través de la actividad comprometida del juez con la equidad y la solidaridad en el moderno derecho de daños.

#### Bibliografía:

Bueres, Alberto J. Código Civil y normas complementarias. *Análisis doctrinario y jurisprudencial*, 3 A, dirección Alberto J. Bueres, coordinación Elena Highton, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

Guersi, Carlos, Weingarten, Celia. *Tratado de Daños Reparables – Tomo I – Parte General*. 1º ed., Buenos Aires, la Ley, 2008.

Kemelmajer de Carlucci, A. R. “Sirve al Derecho argentino la creación pretoriana de la justicia italiana”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 1, 1994.

LLambías, Jorge A. *Tratado de Derecho Civil, Tomo I*, Buenos Aires, Perrot, 1973.

Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños – Tomo V – El Daño Moral*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1999.

Pizarro, Ramón A. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*. Hammurabi, 2000.

Zannoni, Eduardo. “La responsabilidad por el no reconocimiento espontáneo del hijo”, *La Ley*, 1990, A, 1.

Zannoni, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

Zavala de González, *Resarcimiento de Daños, t 2 a*, 2ª ed, Buenos Aires, Hammurabi, 1993.

### **Acerca de los pretendidos daños autónomos:**

Hemos tratado la teoría general del daño moral, su evolución histórica, las diferentes doctrinas que fundamentaron su procedencia, su reparación, los distintos regímenes de responsabilidad, los requisitos de su resarcibilidad y nos parece que no podemos obviar referirnos a otros daños que la doctrina moderna considera autónomos del agravio moral.

#### **El denominado daño a la persona:**

Afirma Alberto Bueres (en 1994, 259) que: "... el daño a la persona vendría a ser en Italia el daño corporal del que hablan los franceses. Por tanto, se trataría del perjuicio causado a la vida de un sujeto o a su integridad sicofísica (o sicosomática). Bajo esta luz, entonces, es posible distinguir el daño a la persona del daño a las cosas. **Y con total independencia, resulta escindible el daño patrimonial del daño moral** (el resaltado es nuestro). Ambas clasificaciones – se agrega – no se excluyen, puesto que el daño a la persona puede acarrear perjuicios patrimoniales o morales, y lo propio sucede con el daño a las cosas...".

Luego el eximio jurista expone que en la doctrina italiana se identifica el daño biológico que es un término de los médicos legistas con el daño a la integridad sicofísica o con el daño a la salud.

El daño a la salud es más abarcativo (no sólo está integrado por los daños al cuerpo y a la mente) y en Italia el derecho a la salud tiene jerarquía constitucional (art. 32 de la Carta Magna de ese país). Y existe una nueva orientación jurisprudencial de las escuelas genovesa y pisiana que tratan de ampliar las fronteras del daño a la salud (extendiendo su alcance a la calidad de vida, al bienestar espiritual, a la conservación del ambiente salubre).

Al decir de Bueres, la referencia a la salud se inserta en la cláusula general de la injusticia del daño del artículo 2043 del Código italiano y sirve para hacer más eficaz la protección de la persona a través de la responsabilidad civil.

Cabe resaltar que el llamado daño a la persona como sostiene el maestro civilista, puede generar daño patrimonial o moral (extrapatrimonial) dado que si se lesiona la integridad sicofísica de la persona, ésta debe pagar asistencia médica, remedios, deja de obtener lucros y a la vez experimenta una modificación disvaliosa del espíritu.

Lo mismo afirma Bueres (en 1994, 263), es aplicable al daño a las cosas, al lesionarse un interés económico, se puede también minorar un interés espiritual (el hurto de una joya de familia vulnera un interés económico y además espiritual, los valores afectivos del damnificado, y hasta podía no existir daño patrimonial si la joya está asegurada y sí daño moral).

Bueres enfatiza que el daño moral es siempre un daño a la persona, tenga su origen en las afecciones o se derive del menoscabo a un bien patrimonial, por que lo afectado es el espíritu que es parte de la integridad sicofísica y asimismo toda lesión a bienes personalísimos es daño a la persona, sean espirituales o patrimoniales los intereses afectados.

Y en definitiva, en nuestro ordenamiento jurídico, sólo hay dos géneros de daños, patrimoniales y extrapatrimoniales, de conformidad con la letra de nuestro Código.

No podemos hablar conforme a derecho de un tercer género de daño, llamado daño a la persona ni de una multiplicidad de daños autónomos que deban ser resarcidos, no es el espíritu de nuestro Código Civil, aunque muchas veces sean interesantes creaciones doctrinarias para superar ciertas restricciones de la normativa.

Bueres reconoce (en 1994, 264) que el llamado daño a la persona ha tenido el valor de alertar a los juristas sobre la necesidad de pasar de un injusto sistema de tipicidad del ilícito a un sistema de atipicidad del ilícito (prefiriendo hablar de tipicidad o atipicidad del daño).

En Italia, el daño a la persona sufrió una interesante evolución, marcada por algunos hitos pero creemos que esencialmente surge como consecuencia de el carácter limitativo que el art. 2059 del Código Civil italiano reguló para el daño moral.

Reseña Pizarro, Ramón (en 2000, 62) que hasta 1974 se admitía el daño patrimonial y moral, a partir de 1974 surge el daño biológico como daño patrimonial, en 1979 la Corte Constitucional admite como tercer género de daños, el daño a la persona partiendo del reconocimiento del derecho a la salud y de la lesión a la integridad sicofísica; en 1985 la Corte de Casación lo reubica como daño a la salud dentro del ámbito patrimonial pero distinto del daño emergente y del lucro cesante y en 1986 la Corte Constitucional lo ubica definitivamente como daño patrimonial.

Así en Italia, el daño no patrimonial se limita al daño moral previsto en el art. 2059 del Código italiano.

Cabe señalar que en el derecho italiano se adopta legalmente la distinción de origen alemán entre daño patrimonial y no patrimonial y el resarcimiento del daño no patrimonial procede sólo cuando la ley lo señale (art. 2059).

El legislador al formular una norma especial (D.P.R. Nº 224 de 1988) para la adaptación de la citada directiva europea ha establecido que es resarcible el daño ocasionado por la muerte o lesiones personales.

Kemelmajer de Carlucci, al reflexionar sobre esta temática (en 1994, 70) asevera que: "...frente a un artículo que manda reparar el daño injusto, otros, como el viejo artículo 1078 del Código Civil o el 2059 del Código Civil italiano, limitan la reparación del daño moral a los supuestos en que el hecho dañoso es, al mismo tiempo, un delito de derecho criminal...".

Finalmente, y en lo que al daño a la persona como categoría autónoma, se vincula, es importante mencionar que está expresamente regulado en el art.

1985 del Código de Perú de 1984 que prescribe que son reparables el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

### **El daño al proyecto de vida:**

Explica, el doctor Pizarro (en 2000, 61) que para algunos autores, entre ellos Fernández Sessarego, existiría otro daño de carácter extrapatrimonial, el llamado daño al proyecto de vida que impide que la persona desarrolle su personalidad.

Entonces, el excelente jurista sostiene que. “el daño al proyecto de vida afectaría la manera de vivir que cada uno – conciente o inconcientemente ha elegido - , y la libertad que todos tenemos de definir nuestro propio proyecto existencial...”.

Agrega luego que este daño sería de enorme proyección futura, de carácter generalmente continuado y esta característica lo diferenciaría para sus propulsores de la noción amplia del daño a la persona (en su manifestación de daño al proyecto de vida) y el daño moral comprendido para esta corriente como *pretium doloris*.

**El daño a la vida de relación:** es el denominado *préjudice d'agrèement* en el derecho francés, perjuicio a la vida de relación, en el derecho italiano o *loss of amenities of life* en el inglés. (Pizarro, 2000, 58).

Kemelmajer de Carlucci advierte que su formulación es anterior al daño a la salud y su desarrollo ha sido útil, aún en los países de amplia reparabilidad del daño moral, para explicar los supuestos en que el damnificado ha quedado en un estado físico tal que no es conciente de sus dolores (caso típico el de la víctima descerebrada)... El *leading case* inglés en la materia es *Wise c/Kate*, (1962.).

Agrega que en dicho *leading case* se dijo que quien ha perdido su estado de conciencia tiene derecho a ser indemnizado.

En Francia se lo definió como la disminución de los placeres de la vida provocada por la dificultad o imposibilidad de realizar actividades normales.

Kemelmajer de Carlucci expresa además (en 1994, 87) que la Corte de Casación italiana lo catalogó como daño patrimonial a partir de 1982 y que la mayoría de los autores italianos sostienen hoy que esta noción está absorbida por el daño a la salud.

En el mismo sentido, Bueres (en 1994, 265) señala que en Italia el daño a la vida de relación tiene carácter patrimonial porque aunque no incida en la capacidad de trabajo del damnificado lo coloca en una situación de inferioridad en las relaciones con el mundo externo.

#### **El Daño estético:**

Bueres revela (en 1994, 265) que en la doctrina italiana se ha sostenido que el daño estético generado a una mujer por una cicatriz, ocasionándole dificultad para contraer matrimonio, no es un daño moral, aunque se produzca un quebranto síquico, dado que el hecho repercute de manera negativa en la posibilidad de obtener una ventaja económica derivada de un matrimonio conveniente.

Asimismo agrega que generalmente la doctrina nacional ha desconocido valor económico a la pérdida de chance matrimonial, sin perjuicio de considerarla para la configuración del daño moral.

En nuestro derecho se ha advertido que existe íntima conexidad entre las lesiones estéticas y síquicas y el daño a la vida de relación, pero al daño estético no se lo considera como autónomo sino que se lo indemniza a tenor de su contenido esencialmente espiritual o patrimonial (en el supuesto de que las lesiones hayan sido sufridas por una modelo que trabaja con su imagen).

**El daño a la esfera sexual:** dice Kemermajer de Carlucci (en 1994, 89) que se lo ha definido como la disminución del complejo de funciones de los órganos

sexuales en sus componentes endocrínicos y exocrínicos, cuya finalidad es: el desarrollo sicofísico del individuo que se traduce en la madurez sexual, la reproducción y el placer de la libido.

En Italia dicho menoscabo es considerado un daño a la persona y por lo tanto se lo incluye en la amplia categoría del daño a la salud.

**Daño síquico:** en lo que se refiere a esta temática, nuestro maestro, el doctor Bueres advierte en (1994, 266): "...Acerca de la mencionada independencia del daño síquico con respecto al daño moral, aunque emplazándose el primero en un terreno extrapatrimonial, se ha expresado que el referido daño síquico opera en la esfera del razonamiento mientras que el daño moral se desenvuelve en la esfera del sentimiento (acción y efecto de experimentar sensaciones).

Entonces, asevera que la idea es falsa, porque el daño moral abarca – al lesionarse intereses – no sólo las situaciones desfavorables que repercuten en la capacidad de sentir, sino también las que inciden en las capacidades de querer y de entender.

A mayor abundamiento, el eximio jurista dice que se suele ejemplificar el daño síquico con la depresión, señalándose que el depresivo tiene, en general, enfoques que son efectos de su dolencia, y que no los puede alejar por vía de su sólo razonamiento ya que éste está afectado (Cipriano, Néstor Amilcar, El daño síquico, sus diferencias con el daño moral, La Ley, 1990, D, 679).

Y Bueres estima que no obstante que con el razonamiento no se supere el mal, ello no excluye que el depresivo además de su capacidad de comprender tiene afectada su capacidad de sentir o de querer y que existe una mezcla de repercusiones que bajo cualquier órbita entran en el daño moral.

Además siguiendo su exposición, Bueres se plantea quiénes serían los legitimados para reclamar el daño síquico, extrapatrimonial pero diferente del moral. Lo sería cualquier damnificado como surge del art. 1079 del CC (daño

patrimonial) o sólo el damnificado directo y en caso de muerte, los herederos forzosos, como surge del 1078 del CC para el daño moral?.

Desde ya, adelantamos que la problemática de la legitimación para reclamar daño moral, es el quid de nuestra investigación, independientemente de considerar al daño síquico cómo daño moral y aunque nos explayaremos sobre la misma en el capítulo siguiente, no podemos obviar que uno de los pilares de los defensores del daño síquico ha sido evadir la restricción de la legitimación activa consagrada por nuestra normativa.

Concluye, el doctor Bueres afirmando que nuestro Código Civil establece dos tipos de daños: el patrimonial y el moral y que al primero se refieren los artículos 519, 1068 y 1069 y al segundo los artículos 522 y 1078 y que unos razonamientos en sentido contrario importan confundirlo todo.

En la misma inteligencia, el doctor Pizarro (en 2000, 60) declara que la pretendida autonomía de estas categorías deviene de una incorrecta valoración del concepto daño, y luego citando a Bueres señala, que dicha valoración apunta a la entidad de los bienes menoscabados más que a los intereses conculcados y, especialmente, a las consecuencias que genera que genera su lesión.

En la posición doctrinaria contraria, el daño síquico es postulado como autónomo y con características que lo diferenciarían del daño moral.

En esa línea, Daray Hernán (en 1995, 16) intenta delimitarlo desde una perspectiva jurídica alegando que: "...es la perturbación transitoria o permanente del equilibrio espiritual preexistente, de carácter patológico, producida por un hecho ilícito que genera en quien la padece la posibilidad de reclamar una indemnización...".

En rigor de verdad, para Daray el carácter patológico es la nota distintiva y la fórmula más clara para diferenciar el daño síquico del daño moral, aunque reconoce que dicho daño psicológico no está expresamente incluido en ningún

texto de la legislación vigente, pero afirmando que lo mismo ocurre con otros daños (lesión estética, pérdida de chance).

Una formulación bastante dogmática creemos dado que cualquier modificación disvaliosa del espíritu puede resultar traumática y por cierto es daño moral y ello, hablando en el ámbito de nuestra normativa ya que no pretendemos adentrarnos en aspectos de otras ciencias.

Por otra parte, Daray enfatiza (en 1995, 52) que la inclusión de la fórmula derechos o facultades en el art. 1068 del CC, como elementos sobre los cuales puede haber un detrimento indirecto es la que permite hablar de daño psicológico y que dicho menoscabo se indemnizaría a tenor de lo dispuesto por el art. 1079 del CC, cuyo criterio amplio permitiría solicitar su reparación a toda persona que por el hecho ilícito lo hubiera padecido.

A mayor abundamiento, el autor citado considera que el daño psicológico no es ni exclusivamente patrimonial ni exclusivamente extrapatrimonial, en tanto puede provocar la pérdida de chances económicas o el costo de una terapia, así como también disturbios espirituales.

Parafraseando a Orgaz (en 1967, 97), a esta altura del análisis, nos parece importante recordar la tarea del jurista como el que se decide por la voluntad de la ley tal como ha sido expresada y no da soluciones que respondan a sus aspiraciones particulares por más progresistas que ellas parezcan.

Y en esa línea de pensamiento nuestra normativa distingue exclusivamente dos clases de daños, patrimonial y extrapatrimonial, no se puede presionar el texto legal para que regule lo que no regula.

En otros sistemas jurídicos, como en Italia, ante el carácter limitativo y punitivo del resarcimiento del daño moral en el art. 2059 del Código Civil italiano, es lógico que la doctrina haya elaborado soluciones que contemplen los daños que el acotado daño moral italiano no incluye, pero lo han hecho en el contexto de su normativa, ya que cuando hablan de daño biológico lo incluyen en el

daño a la salud, de raigambre constitucional en el art. 32 de la Carta Magna de ese país.

Y el daño a la salud de contenido amplio abarca las otras formas de daño que han sido elaboradas por los autores (a la vida de relación, a la esfera sexual) pero es daño patrimonial.

Tampoco la doctrina italiana ha presionado el texto del art. 2059 para hacerle decir lo que no dice.

Es cierto también que la creación pretoriana del derecho italiano ha incidido favorablemente en nuestro derecho alertando sobre la importancia de la atipicidad del daño y sobre el valor del individuo, desde una concepción más humanista del derecho.

En nuestro ordenamiento jurídico hemos avanzado mucho en materia de daño moral, superamos la concepción del *pretium dolores* y su relación con la noción de pena o sanción ejemplar que imponía la tipicidad del daño en el artículo 1078 del CC originario, reafirmamos el carácter resarcitorio de la indemnización con su rol satisfactivo pero aún nos queda por avanzar en la temática de la legitimación activa para reclamarlo.

Pero ese tema, es el tema que nos ocupa como ratio esencial de este trabajo y nos abocaremos a él en los capítulos siguientes.

#### Bibliografía:

Bueres, Alberto. "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general". Daños a la persona. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1994.

Daray, Hernán. *Daño psicológico. Caracterización. Diferencia con el agravio moral. Reclamación. Fijación. Monto indemnizatorio. Prueba. Técnicas de*

*evaluación. Jurisprudencia sistematizada.*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, 1995.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. "El daño a la persona. Sirve al Derecho Argentino la Creación Pretoriana de la Jurisprudencia Italiana?". Daños a la persona. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1994.

Orgaz, Alfredo. *El daño resarcible (Actos Ilícitos)*. 3º ed. Actualizada, Buenos Aires: Ediciones Desalma, 1967.

Pizarro, Ramón Daniel. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*. Hammurabi, 2000.

## **La problemática de la legitimación activa para reclamar daño moral:**

Hemos analizado la noción de daño moral que es punto de partida y de llegada para su reparación integral, la evolución histórica del daño moral en nuestro derecho, la problemática de su reparación y cuantificación, el daño moral contractual y extracontractual, la inexistencia de las pretendidas categorías de daños autónomos distintos del agravio moral, para adentrarnos ahora en la esencia de nuestro trabajo, la temática de la legitimación activa para reclamarlo.

El artículo 1078 del Código Civil se enrola en una posición restrictiva en lo relativo al reconocimiento de la legitimación activa.

Como consecuencia de esta limitación se desconoce la legitimación de los parientes que acrediten haber sufrido una lesión en sus intereses legítimos aunque del hecho ilícito no haya derivado la muerte de la víctima.

Sólo se admite como legitimado al damnificado directo y si del hecho hubiese resultado la muerte de la víctima, únicamente tienen acción los herederos forzosos; de manera que quedan excluidos: la concubina/o, los hermanos, la guardadora, el hijo de crianza, la novia / o y otras personas que puedan sufrir una lesión en un interés propio, en virtud de sus lazos afectivos con la víctima.

La condición impuesta por el artículo 1078 del CC se contradice con la amplitud de la legitimación activa para reclamar daño patrimonial dispuesta por el artículo 1079 del CC, que reconoce legitimación a toda persona que por el delito hubiese sufrido, aunque sea de manera indirecta; por lo que resulta irrazonable esta solución legal, aunque su sentido sea inequívoco.

Sin duda, es inexplicable desde el punto de vista lógico esta notoria contradicción y desde el punto de vista axiológico podríamos inferir que el Código Civil valoriza más el daño patrimonial que el daño moral y como consecuencia de ello reconoce amplitud de legitimados para reclamar daños patrimoniales.

Desde el punto de vista histórico, es aún más enjuiciable el sistema vigente, dado que el artículo 1078 antes de la reforma de la ley 17.711, si bien sólo reconocía daño moral si el hecho fuese un delito de derecho criminal, consagraba la legitimación amplia de los damnificados.

El sistema actual implica la conculcación de la esencia misma del principio general de no dañar a otro (*alterum non laedere*), que la Constitución Nacional establece como límite concreto de las conductas privadas individuales en su artículo 19.

Asimismo vulnera el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 16 de Nuestra Carta Magna y la garantía de protección de la familia regulada en el artículo 14 bis, tercer párrafo.

Y a mayor abundamiento, se contradice con los principios establecidos en los Tratados Internacionales de jerarquía constitucional: Pacto de San José de Costa Rica, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La doctrina que defiende el espíritu del artículo 1078 actual basa su fundamentación en el temor a una multiplicidad de reclamos, temor que no se manifiesta en el ámbito de los daños patrimoniales y que no tiene razón de ser si se tiene en cuenta la atribución judicial de la morigeración equitativa de la indemnización en mérito de la situación patrimonial del deudor, del artículo 1069, párrafo 2º del CC y la prueba del daño moral causado a las afecciones legítimas por parte de quienes lo alegaren como damnificados indirectos en el supuesto de lesiones y en el caso de muerte de la víctima aunque no fuesen sus herederos forzosos.

Hemos esbozado la problemática por lo que corresponde estudiar algunos conceptos clave de la misma, para poder plantear nuestra hipótesis de investigación.

Esos conceptos nos permitirán aproximarnos a nuestro objeto de estudio, recordando en primer lugar la definición de daño moral que es nuestro punto de partida y de llegada para su reparación integral y consecuentemente para abrir el camino a una legitimación amplia que responda al ius aequum; para luego detenernos en el alcance del interés simple, del damnificado directo e indirecto, de los legitimados activos, y de los herederos forzosos.

**El concepto del daño moral:** retomamos ahora, la noción a la que adherimos inicialmente, que es la enunciada por el doctor Bueres (en 1994, 256): "...El daño moral, cuando menos en una acepción primaria o pura – es la lesión a un interés jurídico espiritual (o extramatrimonial) que ha de ser reparado a tenor de su contenido estrictamente subjetivo (o espiritual). El significado expuesto presenta las siguientes características. 1) Por de pronto, hemos puesto el acento en los intereses a seleccionar por el intérprete (y no en los bienes – o derechos, o en las consecuencias – al menos y en lo que a estas consecuencias respecta para categorizar la figura - ).

2) Estos intereses han de ser jurídicos (amparados por el Derecho). En otros términos, ha de tratarse de intereses que es de justicia reparar. Alguna vez dijimos que la juridicidad no puede quedar reducida a la anémica o esmirriada noción de los idealistas enlazada con un derecho subjetivo, normalmente absoluto, e incluso limitado o recortado en punto a la extensión de las necesidades a satisfacer. **La juridicidad que predicamos no se detiene en la positividad de la norma, sino que apunta a todo el ordenamiento como totalidad (a todas las fuentes del Derecho como expresión de lo justo).** ( el resaltado nos pertenece). Va de suyo que dentro de un amplio sistema de atipicidad del daño, han de tener cabida los llamados intereses de hecho o intereses simples en tanto y en cuanto ellos sean serios y lícitos, pues el reconocimiento de dichos intereses es un reclamo de la equidad y de la solidaridad social.

3) El interés conculcado ha de ser espiritual (o extrapatrimonial). Nos apresuramos en aclarar que resaltamos principalmente lo espiritual de la necesidad que se afecta, dado que la palabra extrapatrimonial a veces fue utilizada con sentido amplio o con sentido desviado [ ] Por tanto, dentro de la pléyade de intereses, sólo han de computarse para perfilar el daño moral,

aquellos intereses que poseen subjetividad (es decir aquellos intereses que estructuran el daño moral puro).

4) En corolario de lo afirmado precedentemente, el daño moral debe tener un contenido subjetivo o, con arreglo a otras miras, debe tener consecuencias espirituales. Bajo esta óptica, es aceptable que se diga que en el daño moral hay una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de las capacidades de entender, querer y de sentir – que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial - .Claro está que para algunos autores esta definición encierra el concepto de daño moral, mientras que nosotros pensamos que la proposición conceptualiza, al menos en una primera acepción, sólo las consecuencias – o si se prefiere el contenido – del susodicho perjuicio espiritual. [ ] El daño en sentido estricto, cabal rigurosamente técnico, etcétera, es el enunciado (lesión a un interés jurídico), el hecho de que admitamos la homogeneidad entre el interés y sus repercusiones, posibilitaría con un criterio eminentemente pragmático y abreviando pasos, admitir como segunda acepción del daño la que lo conceptualiza al tenor de sus secuelas, de sus trascendidos...”.

Compartimos esta concepción de nuestro maestro porque nos resulta la más estricta jurídicamente y la más cercana a un moderno derecho de daños caracterizado por la equidad y la solidaridad.

En esta definición de daño moral se parte de la lesión o menoscabo a un interés jurídico (no a los bienes ni derechos).

Es fundamental recordar que para el derecho positivo del siglo XIX, imbuido de un excesivo materialismo, sólo se consideraba resarcible la lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo.

Por otra parte, cierto sector de nuestra doctrina y copiosa jurisprudencia exige el precitado requisito (Orgaz, Bustamante Alsina, Trigo Represas, entre otros).

La premisa de la que se parte es la necesidad de evitar una proliferación de damnificados a raíz del acto dañoso y aunque no se niega la existencia de llamado perjuicio de hecho se desconoce su tutela legal. (Pizarro, 2000, 118).

Advierte luego, el doctor Pizarro que el sustento legal sería el art. 1068 que pondría especial énfasis en la necesidad de que medie una lesión a un derecho subjetivo o un interés legítimo reconocido como presupuesto del daño resarcible y en materia de daño moral se hace hincapié en el art. 1078 que consagra un sistema rígido a la hora de determinar los legitimados activos.

Por ello, la división entre daño jurídico y daño de hecho, siendo el primero consecuencia del menoscabo a un derecho subjetivo o un interés legítimo, tutelado por la ley y el segundo en cambio, sólo se generaría por rebote o repercusión del acto ilícito, en el ámbito patrimonial o extramatrimonial de la víctima, quedando al margen de toda reparación.

Frente a esta corriente doctrinaria, es el doctor Zannoni (en 1993, 29), el que abre el camino hacia la reparación integral del daño, al aceptar como resarcible el simple interés no contrario a derecho al sostener que: "...el daño lesiona a un interés y por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar que, aunque no constituyere el sustento de un derecho subjetivo, es una facultad que ciertamente integra la esfera de su actuar lícito, es decir no reprobado por el derecho. La lesión a un interés - cualquiera que sea éste - produce en concreto, un perjuicio...".

El concepto de daño que hemos adoptado, siguiendo al maestro Bueres, tiene en cuenta el contenido subjetivo o espiritual del menoscabo y asimismo el carácter espiritual de sus consecuencias (pero sin confundir el Instituto con su exteriorización) y fundamentalmente pone el énfasis en la lesión que irroga a un interés amparado por el derecho de naturaleza extrapatrimonial.

Parafraseando al eximio jurista en su voto del plenario de la Cámara Nacional Civil de 1995 (en la Ley, 1995, C, 642) la juridicidad no puede quedar reducida a la anémica noción de los idealistas enlazada con el derecho subjetivo,

debiendo apuntar al ordenamiento jurídico como totalidad, por lo que en un sistema amplio de atipicidad del daño han de tener cabida inexorable los intereses llamados de hecho o simples porque mientras ellos sean lícitos y serios, su reconocimiento a los fines resarcitorios es una exigencia de la equidad y la solidaridad social.

Definido el daño moral, corresponde aclarar el alcance de los conceptos de damnificado directo e indirecto.

**Damnificado directo:** explica Zavala de González (en 1993, 629) que damnificado directo es la persona que sufre un daño en calidad de víctima inmediata del suceso y damnificados indirectos son los demás sujetos distintos de la víctima que también experimentan un perjuicio a raíz del hecho.

Alega, entonces, que el damnificado indirecto no es un tercero sino otro perjudicado por el suceso, al lado de la víctima inmediata, o inclusive puede ser el perjudicado/s en la hipótesis de que la víctima inmediata no sufre jurídicamente un daño (en el supuesto de homicidio la persona fallecida no reviste para el derecho la calidad de damnificada, porque no puede invocar el perjuicio que le causa su propia muerte, dado que ha dejado de ser sujeto de derecho).

En definitiva, la lesión al interés del damnificado directo es susceptible de menoscabar, además un interés distinto, el del damnificado indirecto.

Para la prestigiosa jurista, la única diferencia entre ambas clases de perjudicados radica en el modo en el que el hecho afecta la esfera del damnificado indirecto: por vía de repercusión o reflejo y ello por mediar una conexión objetiva entre la situación de ese sujeto y la del damnificado directo ya que el bien o interés de éste satisface también un bien o interés de aquél.

En términos de Ghersi, Weingarten (en 2008, 242): “Damnificado directo es la persona que sufre un daño en calidad de víctima inmediata de un suceso y sólo él puede en el art. 1078 ser titular de la acción de reparación y sólo si del hecho

hubiere resultado la muerte de la víctima, podrán reclamar sus herederos forzosos. El interés jurídico que el legislador ha pretendido legitimar a través de la limitación prescripta, es que, es que si el propio interesado no se siente dañado o no cree digno ponerle precio a su dolor, nadie puede intentar la acción en su lugar...”.

Añaden luego, los juristas que la estricta literalidad en la interpretación de la norma conduce a soluciones ciertamente injustas (la imposibilidad de accionar por daño moral del cónyuge de quien resulta ser damnificada directa en un accidente, ídem para la pretensión de los padres de la víctima inmediata del hecho que sufrió lesiones a su integridad física y tampoco pueden los padres reclamar indemnización por derecho propio en concepto de daño moral cuando concurren en representación del menor).

En el mismo orden de ideas, el doctor Pizarro (en 2000, 172) precisa particularmente qué debe entenderse por damnificado directo e indirecto.

Advierte, entonces, que de conformidad con una primera acepción que tiene en cuenta el objeto del daño y que está receptada por el art. 1068 del CC, damnificado directo es quien experimenta una minoración en su patrimonio (en su composición actual o en sus proyecciones futuras) y damnificado indirecto es aquél que sufre un perjuicio en sus bienes jurídicos extrapatrimoniales, y ambos tipos de detrimento (directo e indirecto) pueden general daño patrimonial o moral.

Y agrega que según otra acepción de importancia en el tema que nos ocupa, damnificado directo es quien sufre en calidad de víctima la lesión de un interés patrimonial o extrapatrimonial y a raíz de ello experimenta un perjuicio patrimonial o moral y damnificado indirecto es la persona que padece un daño propio derivado de un ilícito que tiene por víctima a un tercero (respecto de quien existía un interés patrimonial o extrapatrimonial que resulta conculcado).

## **La problemática de la legitimación activa:**

La legitimación activa se vincula con el requisito de la personalidad del daño resarcible al que ya nos hemos referido y conlleva la distinción entre damnificado directo e indirecto, reseñada ut supra.

El damnificado directo se encuentra legitimado para reclamar su daño moral tanto en el ámbito contractual (art. 522) como en el ámbito extracontractual y es en éste donde los problemas se plantean.

El sentido del art. 1078 del CC después de la reforma de la ley 17.711 es inequívoco: “La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

El texto de la ley no deja lugar a dudas y según revela Pizarro (en 2000, 183) se aplica tanto en materia extracontractual como obligacional (ya que el art. 522 del CC no contiene referencia alguna a los legitimados activos, se aplica analógicamente el art. 1078).

Piensa en el mismo sentido, la jurista mendocina Kemelmajer de Carlucci (en ED, 140 – 893).

**El damnificado directo:** en principio, la acción sólo compete al damnificado directo y esta regla admite sólo dos excepciones:

Cuando como consecuencia del hecho dañoso se produjese la muerte de la víctima. En este supuesto, la ley legitima iure proprio a ciertos damnificados indirectos, los herederos forzosos.

La otra excepción es el derecho del marido y de los padres a reclamar los daños derivados de injurias a la mujer y a los hijos (art. 1080).

Consecuencias de la restricción de la legitimación activa cuando el damnificado directo sobrevive:

En este supuesto, los damnificados indirectos carecen de toda acción para reclamar daño moral y como dice Pizarro (en 2000, 183), no son resarcibles entre otros los siguientes casos:

a) El daño moral experimentado por los padres a raíz de una lesión discapacitante de un hijo o del contagio de una grave enfermedad.

Cabe celebrar que en esta hipótesis se ha expedido la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires declarando la inconstitucionalidad del art. 1078 y reconociendo consecuentemente el derecho al resarcimiento del daño moral de los progenitores iure proprio. (LLBA, 2007 (setiembre), 869).

En dicho fallo, la Suprema Corte manifestó que ninguna de las excepciones contempladas en el precepto del 1078 permite traspasar el valladar impuesto en materia de legitimación por lo que en la búsqueda de una solución justa y acorde con el criterio propugnado por la doctrina nacional se imponía ejercer el control difuso de constitucionalidad del art. 1078 del CC.

Nos referiremos a este leading case para nuestra problemática, en otro de los capítulos de este trabajo, con la profundidad que la solución adoptada amerita.

b) Tampoco es resarcible el daño moral experimentado por los hermanos de la víctima a raíz de una lesión discapacitante de la misma ni el daño moral de los hijos por daños causados a la integridad sicofísica de los padres, ni el daño moral causado a personas sin discernimiento.

c) No es resarcible el daño moral de los padres, hijos o cónyuge en el supuesto de privación ilegítima de la libertad, ni el del marido derivado de la violación o abuso sexual cometido contra su esposa, ni el de los padres por abusos sexuales que tienen como víctimas a sus hijos, ni el del cónyuge en

caso de contagio de una enfermedad grave, contagiosa o no al otro cónyuge, ni el del concubino /a por lesiones discapacitantes sufridas por su pareja.

Agrega el doctor Gregorini Clusellas (en la Ley, 1995, C, 405) el daño moral a la madre por desconocimiento de filiación considerando que es damnificada directa porque su daño tiene entidad propia pero la jurisprudencia prevaleciente recepta la restricción legitimatoria del 1078 .

Recuerda, luego, que el Derecho francés reconoce expresamente a la madre extramatrimonial la reparación del daño causado por el autor del embarazo (Cód. Civil, art. 340 s/ley 72- 3, mediante una previsión que armoniza con la genérica responsabilidad por daños prevista en los arts. 1382 y 1383 de la ley citada.

Asimismo declara el prestigioso jurista que: "...Creemos que el ilícito respecto de ella no será el desconocimiento filiatorio del padre sino los hechos posteriores y conexos al mismo, algunos de los cuales proyectan su agravio más directamente a la madre que al hijo...".

**El damnificado indirecto:** ya sabemos que es la persona que padece un daño propio derivado del ilícito que tiene por víctima a un tercero por efecto reflejo o rebote.

La ley reconoce legitimación activa por daño moral a ciertos damnificados indirectos: los herederos forzosos. La acción que tienen para reclamar la reparación es iure proprio y no iure hereditatis.

Cabría entonces preguntarse cuál es el alcance jurídico de la expresión herederos forzosos que también ha sido objeto de debate doctrinario.

**La doctrina del grado preferente de acuerdo con el orden sucesorio en concreto al momento del fallecimiento:** para este tesis deben ser

considerados legitimados activos sólo quienes revistan en concreto la calidad de herederos al momento de la muerte de la víctima.

Sostienen esta postura: Borda, Belluscio, Cichero, Mosset Iturraspe, entre otros y una copiosa jurisprudencia.

Razonan equivocadamente, que la aplicación de las reglas del derecho sucesorio determinan que las personas comprendidas dentro de un orden hereditario excluyen a las del subsiguiente y que el pariente más cercano en grado excluye al más remoto.

**La doctrina que considera herederos forzosos a todos lo que tienen potencialmente ese carácter en el momento del fallecimiento:** para este tesis son herederos forzosos a los fines del 1078, todos los que potencialmente invisten ese carácter al momento de la muerte de la víctima.

Participan de esta postura: Llambías, Kemelmajer de Carlucci, Zannoni, Trigo Represas, Compagnucci de Caso, Bueres, Bossert, Jorge Alterini, Pizarro, entre otros.

Asimismo este ha sido el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1993, en los autos “Frida A. Gómez Orue de Gaete y otra c. Prov. de Buenos Aires s/ daños y perjuicios” (La ley, 1994, C, 546).

A mayor abundamiento, en el fallo plenario de la Cámara Nacional Civil del 28 de febrero de 1994, en los autos “Ruiz Nicanor y otro c. Russo, Pascual”, en lo relativo a la legitimación de los herederos forzosos para efectuar el reclamo, se dictaminó que **entre ellos no regían las exclusiones del derecho sucesorio, y que debían comprenderse dentro de los herederos a los eventuales y no a los existentes al momento del fallecimiento del causante.** (La Ley, 1994, B, 484).

En la misma línea de pensamiento, sostuvo recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “B.R. y otros c/ Buenos Aires, Provincia de

s/daños y perjuicios” que: “Si bien es cierto que el artículo 1078 del Código Civil admite el reclamo por daño moral sufrido como consecuencia del fallecimiento de una persona sólo con respecto **a los herederos forzosos, corresponde asignar a tal mención una interpretación amplia, de modo tal que alcance a todos aquellos que son legitimarios con vocación eventual aunque de hecho pudieran quedar desplazados de la sucesión por la concurrencia de otros herederos de mejor grado. Tal comprensión se compadece con el carácter “iure propio” de dicha pretensión resarcitoria y, además satisface la necesidad de evitar soluciones disvaliosas...**” (el resaltado nos pertenece) (E.D, Diario de Jurisprudencia y Doctrina, del 2-10-98).

Ello así, dado que la acción indemnizatoria por daño moral es articulada por los herederos forzosos iure propio y no iure hereditatis.

Independientemente de esta temática, lo cierto es que el art. 1078 tiene un sentido limitativo y restrictivo en materia de legitimación activa de damnificados indirectos.

Quedan excluidos de dicha legitimación aquellas personas que tienen un interés lícito extrapatrimonial conculcado, como lo serían en caso de muerte de la víctima: el concubino/a, los hermanos, la abuela, la guardadora, el hijo de crianza, la novia/ o y otras personas que puedan sufrir un menoscabo a un interés propio en virtud de sus lazos afectivos con el damnificado.

En este aspecto, la doctora Zavala de González (en 1999, 181) reafirma que: “...Resulta atentatoria de la igualdad ante la ley, además de carente de razonabilidad y congruencia, la amplia legitimación de los damnificados indirectos en su patrimonio (art. 1079), discriminando injustamente a quienes sufren en su espíritu...”.

Es también la convicción de los doctores Ghersi y Weingarten (en 2008,244) que aseveran que: “... No obstante lo limitativo de la norma, la actual tendencia jurisprudencial se inclina acertadamente hacia la ampliación de los sujetos mencionados en el 1078 Cód. Civil (herederos forzosos) para dar

cabida a otros vínculos afectivos como la de un hermano, una novia, la abuela, concubina, etc. ya que la norma resulta ser muy restrictiva, no acorde con la estructura familiar actual, ni con el deber de no dañar y el principio de reparación integral del daño como derecho constitucional (art. 14 bis CN y Tratados Internacionales)...”.

A esta altura de nuestro desarrollo, estamos convencidos de las hipótesis que deseamos formular para este trabajo de investigación y que intentaremos corroborar al finalizar la investigación, a través del análisis de fallos, y del estudio de corrientes doctrinarias en nuestro derecho y en el derecho comparado .

### **Hipótesis de trabajo:**

*Todo damnificado indirecto que acredite haber sufrido una lesión a un interés legítimo de naturaleza extrapatrimonial o un interés simple de naturaleza extrapatrimonial, está legitimado para reclamar daño moral, cuando del hecho ilícito no haya derivado la muerte de la víctima.*

*Todo damnificado indirecto que acredite haber sufrido una lesión a un interés legítimo a un interés simple de naturaleza extrapatrimonial, aunque no sea un heredero forzoso, está legitimado para reclamar daño moral en el supuesto de muerte de la víctima.*

Algunas reflexiones finales:

La doctrina mayoritaria ha mostrado su insatisfacción con la normativa actual, proclamando la necesidad de una modificación que otorgue soluciones más flexibles en materia de legitimación activa para reclamar daño moral.

La ampliación de “lege ferenda” de los legitimados activos en esta materia ha sido reiteradamente sostenida en forma absolutamente mayoritaria en los más recientes Congresos y Jornadas: “II Congreso Internacional de Derecho de

Daños”, Buenos Aires, 1991, “III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa”, 1991; “XIV Jornadas de Derecho Civil”, San Miguel de Tucumán, 1993; “IV Congreso Internacional de Derecho de Daños”, Buenos Aires, 1995.

Creemos que la contradicción lógica entre el artículo 1078 del Código Civil y el artículo 1079 en lo relativo a la legitimación activa es desde el punto de vista jurídico, ya no axiológico, insostenible.

Carlos Santiago Nino (en 1987, 273) explica que hay una contradicción entre normas cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles.

Nino enseña que Alf Ross distingue tres clases de inconsistencias: total – total (los ámbitos de referencia de ambas normas se superponen totalmente), total – parcial (cuando el ámbito de referencia de una norma está incluido totalmente en el de la otra, pero ésta última comprende además casos adicionales) y la inconsistencia parcial – parcial que es la que se da en el caso que nos ocupa.

La inconsistencia parcial – parcial se produce cuando las descripciones de dos normas con soluciones incompatibles se superponen parcialmente, pero ambas tienen ámbitos de referencia autónomos.

En el caso, la solución del art. 1078 es incompatible con la del 1079, en lo relativo a la legitimación activa para reclamar daño, pero ambas normas tienen ámbitos de referencia autónomos, la primera en lo extrapatrimonial, la segunda en lo patrimonial.

A más de ello y como corolario de lo expuesto, la restricción impuesta por el art. 1078 del CC no sólo es incompatible con la solución adoptada por el art. 1079 sino además con la inserción de nuestro derecho en el contexto supranacional a partir de la reforma de Nuestra Carta Magna de 1994.

Los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional amparan el derecho a la integridad personal y el consecuente derecho a la reparación.

Esta garantía está estatuida por el artículo 21. punto 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que regula que: “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa” y a su vez, el artículo 5º de dicho cuerpo normativo ampara el derecho a la integridad personal regulando que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

Asimismo el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: “Toda persona tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” y el artículo 26 consagra que: Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley”.

Protección a la persona y a su personalidad jurídica, integridad personal y consecuente deber de reparar, igualdad ante la ley y derecho de igual protección ante la ley, principios constitucionales que el anacrónico artículo 1078 del CC parece desconocer.

#### Bibliografía:

Bueres, Alberto. “El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general”. Daños a la persona. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1994.

Bueres, Alberto. Fallo Plenario de la Cámara Nacional Civil, La Ley, 1995, C, 642.

ED, Diario de Jurisprudencia y Doctrina, 2-10-98.

Gregorini Clusellas, Eduardo L. “Daño Moral – Daños y Perjuicios – Filiación – Legitimación”, La Ley, 1995, C, 405.

Guersi, Carlos, Weingarten, Cecilia. *Tratado de Daños Reparables – Tomo I – Parte General*. 1ª ed., Buenos Aires, La ley, 2008.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. “Legitimación activa para reclamar daño moral en caso de muerte de la víctima”, ED, 140 – 893.

LLBA, 2007 (setiembre), 869.

Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. 5º ed, Barcelona, Editorial Ariel, 1994.

Pizarro, Ramón Daniel. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires, Hammurabi, 2000.

Zannoni, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. 1º reimpresión, Buenos Aires, Astrea.

Zavala de González, Matilde. *Resarcimiento de Daños, vol 2 a. y 2 b.* 2º reimpresión, Buenos Aires, Hammurabi, 1993.

## **La legitimación activa para reclamar daño moral en el derecho comparado:**

Habiendo desarrollado la problemática que nos inquieta y nos llama a la reflexión, intentaremos ahora reflejar las soluciones más importantes que acerca de la legitimación activa en el daño moral se han adoptado en el derecho comparado.

Es importante recordar a esta altura del análisis, que la legitimación activa es una condición para el ejercicio de la acción, es la aptitud que tiene la parte para obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión en un caso concreto y que surge de la ley.

En primer lugar nos referiremos a la legitimación activa del damnificado directo, posteriormente a las posturas receptadas en otros países con relación al damnificado indirecto para detenernos, luego, especialmente en el derecho francés.

### **Sistema que reconoce con amplitud el derecho del damnificado directo:**

Explica Pizarro (en 2000, 173) que para una primera tendencia mayoritaria en el derecho comparado se reconoce en forma expresa o implícita con total amplitud el derecho de todo damnificado directo a obtener la reparación del daño moral, derivado de hechos ilícitos y en algunos casos también de incumplimientos obligacionales. Agrega luego que el principio de la atipicidad del daño rige plenamente en la materia, por lo que es irrelevante que el mismo sea prefijado expresa o formalmente por la ley.

Dentro de esta tendencia de reconocimiento amplio del derecho del damnificado directo para reclamar resarcimiento por daño moral menciona a los siguientes Códigos:

Francia, art. 1384, (Cabe destacar que según Orgaz (en 1980, 242) la jurisprudencia francesa va aún más lejos que los códigos sin restricciones y en

los casos de homicidio, además de la acción personal de los herederos por su daño propio, tiene otra más en su mera calidad de herederos, jure hereditatis, por el daño sufrido por el muerto a causa de su muerte), Chile, (arts. 2314 y 2331 in fine), Perú de 1984 (art. 1984), Paraguay de 1986 (art. 1385), Venezuela de 1942 (art. 1196), México de 1938 (art. 1916), Japón (art. 710), Portugal de 1967 (art. 496), Grecia (art. 932), Líbano (art. 263), entre otros.

Asevera, Mosset Iturraspe (en 1999, 247) que en la doctrina y la jurisprudencia francesa predomina la más extrema liberalidad, que conduce a eliminar toda clase de barreras y que la jurisprudencia desde 1954 considera también titulares de la pretensión resarcitoria por daño moral: a la novia, la concubina o la pupila por la muerte de su tutor. Para esta tendencia, la exigencia de la prueba concreta del perjuicio sería el único freno contra la proliferación de acciones.

**Sistema que consagra la tipicidad del daño moral:** para esta corriente de carácter más restrictivo sólo se admite la reparación del daño moral en los casos expresamente previstos por la ley.

Pizarro manifiesta (en 2000, 174) que este criterio limitativo es el adoptado por los códigos de Alemania (art. 253) Suiza (Código de las Obligaciones, arts. 28 y 47), Austria (arts. 1325 y 1331), Polonia (Código de las obligaciones, arts. 157, 165 y 166), Italia de 1942 (art.2059), Turquía (Código de las Obligaciones, arts. 47 y 49), que sólo otorgan legitimación activa al damnificado directo por daño moral en los casos expresamente previstos por la ley.

En lo que se refiere al código italiano, el mismo reduce la acción a los delitos penales (art. 2059), y ante este sistema rígido de tipicidad del daño moral que traduce su insuficiencia en la realidad, han surgido creaciones pretorianas de nuevos daños para compensar la restricción del sistema (daño biológico, daño a la persona, daño a la salud).

Ilustra Pizarro ( en 2000, 179) que a nivel supranacional se deben destacar los términos de la resolución 75 – 7 del Comité de Ministros del Consejo de

Europa, respecto de la reparación de daños en caso de lesiones corporales (Comité de Ministros, 14 de marzo de 1975), intentando armonizar las normas jurídicas en la materia para los Estados miembros.

Con relación al damnificado directo, el art. 11 dispone que la víctima debe ser indemnizada por el perjuicio estético, los dolores físicos y los sufrimientos síquicos y el art. 12 establece que el resarcimiento tendrá en cuenta la intensidad de la duración de dichos dolores y sufrimientos.

### **La legitimación activa del damnificado indirecto por daño moral en el Derecho comparado:**

En el caso del damnificado indirecto, el perjuicio propio invocado deriva de una lesión a bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de un tercero. El daño se produce de manera refleja o de rebote, tal como ocurre en el supuesto de homicidio.

El daño se proyecta más allá del ocasionado a la víctima directa, repercutiendo en el ámbito de otras personas relacionadas con ella por vínculos de afecto.

En el caso del homicidio se admite generalmente la existencia del derecho a obtener el resarcimiento del daño moral por parte de ciertos damnificados indirectos vinculados a la víctima por afecto o parentesco.

No sucede así, en el supuesto de los damnificados indirectos en la hipótesis de supervivencia de la víctima (lesiones discapacitantes, privación ilegítima de la libertad, abusos sexuales), en que suele predominar, en general, un criterio mucho más restrictivo.

En el derecho comparado, se distinguen, según afirma Pizarro (en 2000, 176) tres sistemas en materia de legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral.

Sistema que admite con amplitud la legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral:

En esta corriente, es pionero el derecho francés y nos dice Pizarro en la obra citada que su doctrina y jurisprudencia han interpretado con flexibilidad los textos legales del Código Civil, reconociendo amplia legitimación activa por daño moral a todo damnificado indirecto, pariente o no, que pueda invocar un dolor real y profundo como consecuencia del daño causado ilícitamente a la víctima inmediata.

En el mismo sentido, Orgaz (en 1980, 242) expone que la jurisprudencia francesa ocupa otra vez, por sí sola, una de las posiciones generales (es y ha sido a nuestro criterio una avanzada en nuestro objeto de investigación).

Asimismo añade el prestigioso jurista, que en Francia el daño moral que causa, por ejemplo, a una persona, el deceso de otra, depende de un vínculo de afecto y no de parentesco como criterio dominante en los tribunales y en la doctrina.

Además explica que con este punto de partida, basta una cierta comunidad de vida entre la víctima y el que pretende el resarcimiento: relaciones de novia o novio, de madrastra, de legatario universal, aunque se trate de un extraño y cómo se reconoce la necesidad de restringir, de algún modo, la formal irrestricción, se exige de los demandantes la prueba de un dolor real, y no de cualquier intensidad sino de un dolor muy profundo.

Y en otro orden de problemas, Pizarro arguye (en 2000, 177) que en los casos de supervivencia de la víctima, el camino del derecho francés para lograr la legitimación activa del damnificado indirecto ha sido más complicado y que fue una sentencia de la Chambre Civile de la Cour de Cassation del 22 de octubre de 1946 la que abrió la senda hacia la equidad.

La Corte de Casación exigió entonces para la legitimación activa del damnificado indirecto la existencia de un menoscabo espiritual de carácter excepcional.

Advierte luego que en los últimos años se han flexibilizado los criterios y solo se requiere que el daño moral reparable sea personal, directo y cierto.

Dada la importancia de la jurisprudencia francesa en lo vinculado con la legitimación activa, volveremos sobre esta temática como corolario de este capítulo.

#### Sistema que admite con carácter restringido la legitimación activa de los damnificados indirectos:

En esta corriente, se enrolan los códigos que sólo reconocen legitimación activa a los damnificados indirectos por daño moral en el caso de la muerte de la víctima y que se basan para admitir la pretensión en un elemento objetivo que es el parentesco.

Por cierto, es la postura de nuestro Código Civil en el art. 1078 que ya cuestionamos en el capítulo anterior por razones lógicas, axiológicas, constitucionales y de inserción en el derecho supranacional.

En lo relativo al elemento objetivo para admitir la indemnización del daño moral del damnificado indirecto, la solución general de las legislaciones es cómo ya se señalara el parentesco, aunque no siempre coinciden en cuánto al alcance que se le debe dar al vínculo a tales fines.

Orgaz revela (en 1980, 244) que en caso de homicidio, el código suizo de las obligaciones (art. 47) y el de México (art. 1916) conceden la reparación del daño moral a la familia del muerto, el código civil de Venezuela (art. 1196) y el proyecto franco – italiano de las obligaciones (art. 85) a los parientes, afines y cónyuges; el código de Polonia (art. 166) a los miembros más próximos de la familia del difunto, o a la institución por ellos designada, el código de Portugal,

en conjunto, al cónyuge no separado judicialmente de persona o bienes y a sus hijos y otros descendientes y a falta de éstos a los padres u otros ascendientes y por último a los hermanos o sobrinos que los representen (art. 496, apart. 2º).

El código paraguayo (art. 1385) adopta la misma fórmula que nuestro art. 1078, ley 17.711, al hablar de los herederos forzosos.

En el código italiano no hay norma que consagre la limitación pero lo han hecho la doctrina y la jurisprudencia predominante al tomar como criterios objetivos la familia o el parentesco, por considerar que la familia es un organismo ético - jurídico. (algunos hablan de los herederos, otros de los vínculos de consanguinidad, otros de la familia en sentido estrecho y hay quienes defienden un criterio amplio de familia)

A nivel supranacional, se deben considerar los términos de la resolución 75 – 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa ya mencionada, respecto de la reparación de daños en caso de lesiones corporales y de fallecimiento.

Para los damnificados indirectos el art. 13 regula que: “...El padre, la madre y el cónyuge de la víctima, que en razón de un atentado contra la integridad física o mental, experimenten sufrimientos síquicos no podrán obtener reparación de este perjuicio más que en presencia de sufrimientos de carácter excepcional; (el subrayado es nuestro), ninguna otra persona podrá pretender semejante reparación...”.

Si bien, el criterio es rígido y excepcional, se admite la legitimación activa de los damnificados indirectos en la hipótesis de supervivencia de la víctima, por lo que a pesar de no alcanzar la flexibilidad de la doctrina y la jurisprudencia francesa, nos parece útil resaltarlo.

En el caso de fallecimiento, el art. 19 regula que los sistemas jurídicos que actualmente conceden el resarcimiento por daño moral a un 3º, no deberían otorgar tal reparación a otras personas que no fueran el padre y la madre, la cónyuge, el novio y los hijos de la víctima, condicionado a estrechos lazos

afectivos y en su segundo párrafo al referirse a los sistemas jurídicos que otorgan indemnización a determinadas personas, éste no debería ampliarse.

En rigor de verdad, no se comprende, el segundo párrafo si el objetivo es armonizar la reparación del daño en los Estados miembros.

#### Sistemas que no reconocen la legitimación activa de los damnificados indirectos:

El código de Alemania sólo otorga indemnización al damnificado directo y no reconoce el derecho de resarcimiento de los damnificados indirectos ni aún en la hipótesis de muerte. El artículo 253 dispone que cuando se trata de un daño no patrimonial solamente puede exigirse una compensación económica, en los casos determinados por la ley.

Los juristas alemanes piensan que dicha indemnización es un síntoma de excesivo materialismo y un sistema similar al alemán tiene el derecho angloamericano.

Inicialmente, esta también fue la solución que había consagrado el código de Brasil (art. 1537 y siguientes) pero Pizarro reconoce que la doctrina moderna dominante y la jurisprudencia mayoritaria, interpretan los textos vigentes con mayor flexibilidad, y proclaman la reparación plena del daño moral de la familia de la víctima, en caso de muerte.

#### **El daño moral en el derecho francés y la legitimación activa para reclamarlo:**

Creemos de trascendente significación para nuestro objeto de estudio y la puesta a prueba de nuestras hipótesis, reflexionar acerca de la evolución del Instituto de daño moral en el derecho francés y en la temática de la legitimación activa para reclamarlo, dado que este derecho ha marcado tendencia de

avanzada y una amplitud de criterio para el resarcimiento que garantiza la equidad y el debido respeto a la dignidad del individuo.

En este orden de pensamientos cabría referirse en primer lugar al concepto de daño moral en el derecho francés.

Mazeaud, Henri y Léon y Tunc, André (en 1961, 424) puntualizan que el perjuicio material es el perjuicio patrimonial y el perjuicio moral es el perjuicio extrapatrimonial, el no económico.

El artículo 1382 del Código civil francés, en la esfera de la responsabilidad delictual y cuasidelictual regula que: “Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual ha sucedido”.

Instruyen los eximios juristas que el precepto está concebido en los términos más generales que cabe: un daño puede ser tanto un daño moral como un daño pecuniario.

Para refutar a aquellos sectores doctrinarios que pretendían que la reparación del perjuicio moral se oponía a los principios fundamentales de la responsabilidad civil (Savatier, entre otros), los hermanos Mazeaud y Tunc proclamaron que en derecho esa reparación se imponía también ante la equidad, porque que en una sociedad avanzada sería chocante sin incurrir en ninguna responsabilidad civil, lesionar los sentimientos más elevados y más nobles de las personas, mientras que el menor atentado contra su patrimonio origina responsabilidad.

Hacen, luego una reserva relativa a la jurisprudencia administrativa, dado que el Consejo de Estado establece como principio que el dolor moral, por no ser apreciable en dinero, no constituye un daño susceptible de reparación.

Para luego manifestar, que la Corte de Casación, por el contrario, no duda en conceder una acción por daños y perjuicios a la víctima de un perjuicio moral desde una sentencia del 15 de junio de 1833.

Se refieren entonces, a la problemática de la legitimación activa para reclamar el daño moral, rememorando que la misma cuestión se planteó en el terreno del daño material, resolviéndose en este supuesto que toda persona que justifique un perjuicio cierto y un interés legítimo puede demandar su reparación.

Hablan, a continuación, del Proyecto de Código francoitaliano de las obligaciones y de los contratos que en el párrafo 3º de su art. 85 reconoce como legitimados, en el caso del pesar por la muerte de la víctima, a los parientes consanguíneos, afines o al cónyuge y dudan de su carácter limitativo.

Lo cierto es que en el derecho positivo francés, no hay ningún precepto legal que resuelva la temática de la legitimación activa para reclamar la indemnización por daño moral.

Los prestigiosos juristas explican que sólo se puede citar la ley del 8 de junio de 1895 (art. 446 del Cód. de instrucción criminal) que en una hipótesis diferente, cual es la del error judicial, declara que las únicas personas que pueden alegar daño moral fuera de la víctima, son su cónyuge, sus descendientes y sus ascendientes, y los demás sólo pueden requerir perjuicio material.

Los doctrinarios franceses rechazan las teorías restrictivas que proceden de una confusión entre el perjuicio material y el daño moral y declaran que: "...Así como no cabría reservar la acción de indemnización tan sólo a los parientes consanguíneos y afines que sean acreedores de alimentos (que es el sistema del art. 1237 del código civil austríaco), no se podría reservarla para los parientes consanguíneos y por afinidad muy próximos (cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos y hermanas, suegros y suegras, yernos y nueras (que es el sistema adoptado por el art. 166 del código de las obligaciones de la República de Polonia); ni a los parientes en grado de suceder...".

Los hermanos Mazeaud y Tunc **propugnan que la reparación no se limita a una u otra de esas categorías y es susceptible de afectar a cualquier persona y en cuanto al peligro de la multiplicidad de acciones de resultados de un accidente mortal, el freno estaría dado por la acreditación del pesar padecido** (el resaltado es nuestro).

Luego proponen, que a la manera del antiguo derecho francés, en el que la acción criminal privada era de carácter familiar (la venganza se perseguía en nombre de la familia entera por el pariente más cercano) por vía legislativa se regule una acción de carácter similar para el reclamo de daño moral.

En definitiva, para los admirables juristas, el único límite para la multiplicación de acciones por este criterio amplio de la legitimación activa, estaría dado por la exigencia de un pesar real y suficientemente profundo y correspondería a los tribunales determinar si se ha cumplido ese requisito (que en el caso de parentesco se presume).

En ese sentido, manifiestan que fuera del círculo familiar, los tribunales admiten: la acción de los novios o prometidos, o de las personas que aunque no tengan vínculo de parentesco con el menor, lo hayan criado como a su propio hijo, pero rechazan todas las demandas en que no se demuestre un dolor profundo.

Un párrafo aparte, merece la problemática de la supervivencia de la víctima que es otro de los planteos de nuestra investigación, en el esquema de los hermanos Mazeaud y Tunc.

Los juristas franceses (en 1961, 461) expresan que varias cortes de casación se habían negado a admitir reparación a parientes muy cercanos en el supuesto de enfermedad de la víctima y que en una sentencia del 22 de octubre de 1946 lo admitió la Cámara civil de la Corte de casación con carácter excepcional (se trataba del caso de una hija única aquejada por una enfermedad definitiva susceptible de comprometer gravemente las condiciones de su existencia).

En el análisis que efectúan sobre este aspecto particular manifiestan con claridad que: “...No cabría exigir para conceder la reparación, la muerte de la víctima del accidente. Cuando ésta siga afectada por una enfermedad grave, ¿no van a recorrer a diario un verdadero calvario los padres y su pesar no es a veces mayor que si su hijo hubiera sucumbido?...”.

Y en otro orden de ideas, y en lo que hace al daño moral contractual, los hermanos Mazeaud y Tunc, analizando varios casos de jurisprudencia francesa, ejemplificaron, entre otros, los siguientes supuestos: “... El del transportista que, por no cumplir con sus obligaciones contractuales, atenta contra los sentimientos del viajero, al impedirle llegar a tiempo a unos funerales a los que tenía que asistir; el del incumplimiento de una convención referente a una cosa que no posee sino un valor moral, como el depósito de un retrato de familia, entre otros..”.

Ha sido la los grandes civilistas franceses, una visión progresista y superadora del derecho, estrictamente ajustada al *ius aequum*.

Y es menester resaltar que en nuestra doctrina y jurisprudencia recién estamos tímidamente abordando el camino por ellos propiciado, *ab initio*.

#### Bibliografía:

Mazeaud, Henri y León, Tunc, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Tomo Segundo, Volumen II*, 5º ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa - América, 1961.

Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por Daños – Tomo V – El Daño Moral*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1999.

Orgaz, Alfredo. *El daño Resarcible*, Córdoba, Marcos Lerner, Editora Córdoba, 1980.

Pizarro, Ramón Daniel. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.

## **La legitimación activa para reclamar daño moral de los concubinos:**

Hemos intentado describir las soluciones adoptadas para la problemática de la legitimación activa para reclamar daño moral en el derecho comparado, con especial énfasis en el derecho francés que ha marcado la tendencia más amplia y flexible de la mano de la equidad y la solidarización del daño.

Ahora es ineludible analizar las aristas de esta temática en nuestro derecho que se va acercando a través de los aporte doctrinarios y esencialmente de la voz de los jueces, a soluciones más acordes al moderno derecho de daños.

Queremos referirnos en primer lugar, y a modo de prueba de nuestras hipótesis, al supuesto de los damnificados indirectos que hayan sufrido una lesión a un interés simple de naturaleza extrapatrimonial, en el supuesto de muerte de la víctima.

En este sentido, y como clase paradigmática de dichos damnificados indirectos, a los concubinos.

Por lo que, previamente, habremos de discurrir sobre la naturaleza del concubinato y los derechos que la legislación le ha reconocido a través del tiempo, para llegar al quid de nuestro análisis, la arbitraria exclusión que la normativa vigente prescribe respecto de la titularidad de la acción para reclamar daño moral, en el caso de la muerte de la víctima al concubino.

Prima facie, diremos que el concubinato es una unión sin atribución de legitimidad, a la que la ley omite en principio reconocer aunque constituya un hecho social.

Es la unión de carácter estable y permanente entre dos personas, por lo que la doctrina francesa habla de matrimonio aparente.

En la nota al art. 325 del Código Civil, Vélez señala que las leyes no castigan la unión de personas libres.

Claro está, que un sector de la doctrina (López del Carril, entre otros), basándose en el art. 223 del CC distinguen entre concubinato y unión libre, considerando que unión libre sería exclusivamente la de los convivientes no afectados, entre sí, por impedimentos matrimoniales.

Se alega así que la unión libre es un hecho social lícito y la concubinaria es irregular o de orden inmoral.

Tal como señala Zavala de González (en 2005, 275) en las uniones libres, la supuesta inmoralidad del concubinato no trasciende en reprobación jurídica, sino que se subordina al juicio y aceptación de cada persona...Reparar el daño moral por muerte de quien integraba una unión de hecho con el pretensor, no alienta concubinatos, sino que reconoce realidades innegables, que pueden ser intrínsecamente lícitas y, a todo evento, respetables pues atañen a la intimidad de cada cual y en cambio, denegar el resarcimiento “castiga” por no haber contraído matrimonio habiendo podido hacerlo, o por no haberse antes divorciado pese a que, además de no mediar obligación de cumplir una u otra conducta, es asunto ajeno a la injusticia del perjuicio que otro causa a personas en tal situación...”.

En otro orden de ideas, explica Gandolla (en 1999, 218) que la norma es productora de efectos sociales deseados pero también es traducción de la realidad sociocultural del medio al que está dirigida y que cuando se produce una fisura en la construcción jurídica y caminan desacompañadamente sociedad y derecho, encontramos la actividad plena jurisdiccional para adecuar una y otra pieza, con equidad y justicia...”.

Compartimos absolutamente su pensamiento, ya que esa es nuestra postura ante una norma como es el art. 1078 que es inequitativa y que no guarda coherencia con el sistema general de reparación del daño patrimonial pero que es inequívoca.

Ciertamente, ya afirmamos que es anacrónica pero no podemos sino atenernos a su sentido literal que no admite dudas interpretativas, por lo que el camino hacia la equidad en la reparación queda en manos de los jueces, hasta tanto no se concrete la ansiada reforma legislativa.

En lo relativo al concubinato, sin embargo, la legislación y la jurisprudencia paulatinamente han tratado de recomponer la fisura entre el derecho y la sociedad.

En primer lugar, se reconoció el derecho a pensión a la concubina por ley 23.570 de 1988.

En materia previsional se regula el derecho a pensión a favor de la conviviente o el conviviente, en el supuesto de que el causante estuviese separado de hecho o hubiese convivido en aparente matrimonio durante cinco años, anteriores al fallecimiento o dos años, si hubiere descendencia o el causante haya sido soltero, viudo, separado legalmente o divorciado.

Posteriormente, en el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 4 de abril de 1995 se admitió la legitimidad de los concubinarios para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos, como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen.

Deseamos reproducir, parte del voto de nuestro maestro, el doctor Bueres, en dicho fallo plenario, porque son claves los conceptos jurídicos por él invocados, en la problemática que nos ocupa.

Dijo el doctor Bueres: "...La juridicidad no puede quedar reducida a la anémica y esmirriada noción de los idealistas enlazada con un derecho subjetivo, normalmente absoluto e incluso limitado o recortado en punto a la extensión de las necesidades a satisfacer. La juridicidad apunta al ordenamiento como totalidad, a todas las fuentes del derecho como expresión de lo justo. Va de suyo que dentro de un sistema amplio de atipicidad del daño, han de tener

cabida inexorable los intereses llamados de hecho o simples (valgan las expresiones) pues mientras ellos sean lícitos y serios su reconocimiento a los efectos resarcitorios es una exigencia de la equidad y la solidaridad social...”.

En el mismo sentido, De Lorenzo declara (en 1996,64) que hay muchos intereses que resultan tutelados por el ordenamiento sin llegar a esa forma de reconocimiento jurídico, la de que medie un derecho subjetivo o un interés legítimo.

Y a mayor abundamiento, Bidart Campos (en 1996, 17) explica que hay situaciones jurídicas subjetivas, que si bien no se encuentran en el marco del derecho subjetivo o interés legítimo, son asumidas y reconocidas por el Derecho Constitucional, pero frustradas procesalmente por negarle la legitimación al justiciable que, invocando una de aquellas situaciones, ve tropezar la constitución en el orbe de lo procesal.

Y retomando el voto del doctor Bueres en el fallo plenario de 1995, queremos resaltar otro aspecto trascendente del mismo al explayarse sobre las características del concubinato y las consecuencias jurídicas que de él derivan, exista o no impedimento de ligamen.

Enfatiza el eximio jurista que: “...En lo que hace a la pregonada inmoralidad del concubinato, estoy convencido que este argumento no resiste el análisis más elemental. El concubinato es un hecho social no reprobado por el ordenamiento, de donde una unión de semejante naturaleza está protegida por el art. 19 de la Constitución Nacional – al quedar localizada en el ámbito de las acciones privadas de los hombres. El propio Codificador en la nota puesta al 325 dijo en el siglo pasado que “Las leyes no castigan las uniones de hombres libres”...En definitiva, este argumento de la inmoralidad del concubinato – como bien se ha dicho – está en franca retirada -. A la vista de ello, quienes niegan acción a la concubina (o al concubinario) en estos momentos se fundan en su carencia de interés legítimo para exigir una prestación asistencial. Bajo esta luz **y descartado que el daño tan sólo se configure por la lesión a un interés legítimo (derivado de un derecho subjetivo), entiendo que la unión**

**permanente con apariencias de matrimonio, con fidelidad de parte de los integrantes de la pareja, con aportaciones económicas – o susceptibles de poseer valor económico – con notoriedad, y desde luego con hijos en común – cuando los hay – es título más que suficiente sobre la base de la equidad y de la solidaridad social para legitimar a la concubina (o al concubinario) a fin de que pueda efectuar una reclamación indemnizatoria a terceros que le han causado un daño (el resaltado es nuestro)...”.**

Finalmente, Bueres deja sentado por elementales razones de certeza jurídica, que la respuesta a este plenario en el sentido de admitir el derecho de indemnización de uno de los concubinarios ante el homicidio del otro conconviviente, cuando la unión no es adulterina, no importa de ningún modo considerar que el referido plenario ha excluido la legitimación del concubinario que posee impedimento de ligamen sino que la fórmula del plenario tuvo en cuenta el caso concreto de la convocatoria dado que los convivientes tenían aptitud nupcial.

Creemos que los argumentos del voto de Bueres se proyectan también al ámbito de justificación del derecho del concubino de reclamar indemnización por daño moral, en la hipótesis de muerte del conviviente.

El fundamento jurídico es el mismo más allá de la letra de la ley que opera como valla: el concubinato como hecho social protegido por nuestra Carta Magna, la lesión a un interés simple extrapatrimonial no reprobado por el derecho, como daño resarcible y la equidad y la solidaridad como punto de partida para el reconocimiento del resarcimiento del agravio moral del concubinario en el supuesto de la muerte de su conviviente.

En la misma línea de argumentación jurídica del fallo plenario precitado, se pronunció la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires reconociendo la legitimación activa para reclamar daño material al concubino.

La Suprema Corte sostuvo en los autos “A.F.E.c /V.I.A” que: “...La concubina se encuentra legitimada para reclamar los daños y perjuicios por la muerte de

su compañero, estando esa legitimación reglada dentro de los términos del artículo 1079 del Código Civil, el cual debe ser interpretado en función de la amplitud que emerge de sus propios términos (respecto de toda persona) como de la situación existencial que define; el hecho de que las partes no hayan estado vinculadas por un matrimonio de carácter civil no puede dejar si respuesta un pedido de resarcimiento, habiéndose acreditado que la concubina de la víctima era sostenida económicamente por ésta...”. (La Ley, 1992, B –)

A mayor abundamiento, el máximo Tribunal de la Provincia de Buenos Aires hizo lugar al daño material en el ámbito del concubinato, denegando el daño moral en los autos “V., M. c/ C., J. M. y otro” del 7 de mayo de 2003.

Y retomando las concesiones que el derecho fue realizando a favor del concubinato para acercarse a la realidad social actual, que es público y notorio no es la de Vélez y la defensa a ultranza del matrimonio, realizaremos una reseña de los derechos que se les han reconocido a los concubinarios.

Así, el artículo 248 de la ley de Contrato de Trabajo (indemnización por antigüedad, beneficiarios en el caso de muerte del trabajador) regula que: “A los efectos indicados queda equiparada a la viuda, para cuando el trabajador fallecido fuera soltero o viudo, la mujer que hubiese vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio, durante un mínimo de 2 años anteriores al fallecimiento”.

También, la ley 24.411 sobre desaparición forzada de personas, en su artículo 4º regula que: “Los efectos y beneficios de esta ley se aplicarán también a las uniones matrimoniales de hecho que tuviesen una antigüedad de por lo menos dos años anteriores a la desaparición o fallecimiento según el caso. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existió unión de hecho cuando hubiera descendencia reconocida por el desaparecido o fallecido o la filiación del descendiente hubiera sido establecida judicialmente.”

Por su parte, el art. 9º de la ley 23.091 establece que en caso de muerte del locatario, el arrendamiento podrá ser continuado en las condiciones pactadas y

hasta el vencimiento del plazo contractual por quienes acrediten haber convivido y recibido de aquél ostensible trato familiar.

En el marco de la seguridad social, se ha admitido que el o la beneficiaria excluyen al cónyuge supérstite en el goce de la pensión o la comparten en los casos expresamente previstos por la ley.

En definitiva, el concubinato es la unión de dos personas en aparente matrimonio que no tienen título de estado y en el caso de los bienes constituyen una sociedad de hecho a los efectos de nuestra legislación.

Dicha unión que se ha generalizado a través del tiempo y la realidad social del país está protegida por la Constitución Nacional, en tanto su espíritu tuitivo abarca la protección integral de la familia y las acciones privadas de los hombres.

Además esa protección está garantizada por la Declaración Universal de Derechos Humanos (art.16), el Pacto de San José de Costa Rica (art. 17.2) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10.1), tratados que tienen jerarquía constitucional a partir de la reforma de nuestra Carta Magna de 1994.

En el ámbito del daño patrimonial se ha admitido el derecho innegable del concubinario para reclamar el resarcimiento por la muerte de su conviviente y dicho reconocimiento parte de considerar daño resarcible, la lesión a un interés simple no reprobado por el derecho, y por supuesto de la amplitud de la legitimación para reclamar daño material consagrada por el art. 1079 del CC.

Y volvemos al quid de nuestra investigación, habiendo identificado a nuestro criterio una contradicción lógica, una inconsistencia parcial – parcial entre las dos normas, el art. 1079 y el art. 1078 del CC, siendo por supuesto autónomos los ámbitos de referencia de ambas normas.

Desde la argumentación jurídica basada en el *ius aequum* y en un sistema de atipicidad del daño es innegable el derecho del concubinario al resarcimiento del agravio moral en el supuesto de muerte del conviviente, como lo es y en ello, la doctrina y la jurisprudencia es conteste para exigir el resarcimiento patrimonial.

También en la actualidad, la doctrina mayoritaria considera procedente ampliar en una futura reforma del Código Civil el ámbito de los damnificados indirectos legitimados para reclamar la reparación del daño moral. (Recomendación de las Jornadas de San Juan: Bueres, Pizarro, Zavala de González, Chiapero de Bas, Junyent de Sandoval, Lloveras de Resk y Stiglitz).

Concordantemente, el doctor Gregorini Clusellas (en 1995, 405) acentúa que: "Pensamos que una sencilla modificación al art. 1078 del Cód. Civil aventaría cuestionamientos para los casos en que razones de justicia impongan reparar. Sugerimos agregarle como párrafo final el siguiente texto: Los jueces fundadamente podrán extender la reparación al damnificado indirecto que acredite un agravio cierto...".

En el derecho comparado francés y en lo concerniente al concubinato, desde el fallo de la Chambré Mixté del 27 de febrero de 1920 (autos Gaudras c. Dangerous) el criterio consiste en la reparación cuando el concubinato es estable y no tiene caracteres que lo tornen ilícito.

### **La jurisprudencia actual y la legitimación activa de los concubinos:**

La Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, en noviembre de 2004, había iniciado el camino y había reconocido el derecho indemnizatorio de la concubina *con fundamento en los preceptos constitucionales de la protección de la familia* (arts. 14 bis tercer párrafo, Const. Nacional; 17, 27 y concds. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica"; 10 y 23 "Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales" y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"), *igualdad*

*ante la ley* (art. 16 Const. Nacional) y *doctrina emanada del art. 1079 del Código Civil*, en cuanto sienta el principio general de la responsabilidad civil y a su amparo, amplía el espectro de los legitimados para reclamar por daño".

Asimismo, el Juzgado Federal de la Instancia de Concepción del Uruguay el 28 de diciembre de 2004, en los autos: "Ríos María Hortensia por sí y sus hijos menores y otra c/ Mazur, Mario de Jesús y/u otros admitió la indemnización por daño moral de la concubina y sostuvo que: "... *La concubina se encuentra legitimada para accionar por los daños y perjuicios por la muerte de su compañero, estando esa legitimación reglada dentro de los términos del artículo 1079 del Código Civil (Cám. Civ. y Com. de Junín, 20/8/96, M., G. R. y otra c. Transp. El Resero, LLBA, 1996-1140). Sin embargo quedó en el camino el daño moral en caso de muerte. La razón fue la barrera que establece el art. 1078 del Código Civil, que habla del daño moral únicamente a los herederos forzosos. A pesar de ello ya muchas voces se alzaron en contra de tal criterio, en el entendimiento de que 'la norma no puede ignorar que si existe convivencia con características de matrimonio, formando una familia, el dolor y la alteración del espíritu al perder al compañero no pueden dejar de producirse'. Por supuesto que, además de esa razón existe una argumentación jurídica, que es la colisión entre lo expresado por el art. 1078 y lo normado por los artículos 1077 y 1079 del Cód. Civil. Si todo daño debe repararse, incluso a los damnificados indirectos, ¿por qué excluir a la concubina? ..."*

Siguiendo esta tendencia, la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala Segunda en los autos: "Hernández María Rosa c/ Witomsky Mario s/daños y perjuicios, el 2 de mayo de 2007 confirmó una sentencia que había reconocido legitimación a la concubina para reclamar el daño moral causado por la muerte de su pareja, entendiendo que el límite dispuesto por el artículo 1078 del CC era la garantía de igualdad ante la ley dispuesta por el art. 16 de la Constitución Nacional.

El fallo de de la Cámara 2ª Civil y Comercial de Mar del Plata del 26 de diciembre de 2007, en los autos "Camargo, Mónica y otro c.Lima, Roberto y otra", trascendió esa solución jurídica y concretó el rol judicial de los jueces dinamizando el derecho de daños *al consagrar de oficio la inconstitucionalidad*

*de la norma tan cuestionada por la doctrina y la jurisprudencia y consecuentemente admitir el reclamo indemnizatorio del daño moral de la concubina.*

En el mismo sentido, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, sala I en lo civil, comercial y laboral declaró la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, al decidir que la concubina tenía derecho a la indemnización del daño moral por la muerte del causante. (DJ, 2008,II,1155).

En el caso citado, primera instancia había admitido el rubro por daño moral de la concubina con fundamento en el principio de la reparación integral y la Cámara de Apelaciones lo había desestimado dado que en virtud de la limitación que suponen los términos del art. 1078 del Cód. Civil, la concubina carece de legitimación para solicitar tal resarcimiento.

El máximo Tribunal provincial hizo lugar al daño moral a favor de la concubina, coincidiendo con primera instancia, sosteniendo la inaplicabilidad del art. 1078 del CC que limita la legitimación para reclamar a los herederos forzosos del fallecido, fundándose en que la mentada norma conculca los preceptos constitucionales establecidos en el 14. bis y 16 de la Constitución Nacional y de la Constitución de la Provincia del Chaco que en su art. 35 consagra la protección de la familia.

Creemos haber demostrado nuestra hipótesis de que “todo damnificado indirecto que acredite haber sufrido la lesión a un interés simple de naturaleza extrapatrimonial, aunque no sea un heredero forzoso, está legitimado para reclamar daño moral en el supuesto de muerte de la víctima”.

El art. 1078 del CC excluye a los concubinos de dicha legitimación, y desde la interpretación literal de la norma, no hay lugar a dudas, su sentido es inequívoco.

Pensamos que es esencial el rol de los jueces para resolver esta inequidad.

Sólo el juez basándose en los principios generales del derecho, en el alterum non laedere y en la aequitas, puede acercar al derecho a la realidad social, cumpliendo los lineamientos del moderno derecho de daños, basado en la protección eficaz de la persona y en la solidaridad.

Y es lo que la jurisprudencia actual ha hecho, en dos fallos que por su trascendencia y sus repercusiones jurídicas merecen un tratamiento más detallado, que será materia de los próximos capítulos.

#### Bibliografía:

Bidart Campos, Germán J. “Reflexiones constitucionales sobre el acceso a la justicia, el proceso y la legitimación”, en Gozaini Osvaldo A, La Legitimación en el proceso civil, Ediar, Buenos Aires, 1996.

Bueres, Alberto. Fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en Pleno (La Ley, 1995 – c, 642).

DJ, 2008,II, 1155.

Gandolla, Julia Elena. “Daño Moral por muerte del concubino”. Revista Derecho de Daños, 6, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1999.

Gregorini Clusellas, Eduardo L. “El daño moral en la negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento”, La Ley, 1995,C, 405.

De Lorenzo Miguel F. *El daño injusto en la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

Zavala de González, Matilde. “Daño existencial por muerte de un concubino”, La Ley, 2005, 275.

**Título:** La legitimación activa para reclamar daño moral



**Autor:** Ritto, Graciela B.

**Publicado en:** LLBA 2005 (octubre), 1049

**Fallo comentado:** Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II (C2aCivyComMardelPlata)(SalaII) ~ 2004/11/23 ~ R., S. E c. Bustos, Esteban

---

**SUMARIO:** I. Introducción. - II. La legitimación activa para reclamar daño moral según la doctrina nacional y los proyectos de reforma del Código Civil. - III. La legitimación activa para reclamar daño moral en el derecho comparado. - IV. La contradicción lógica entre el artículo 1078 del Código Civil y el artículo 1079 en lo relativo a la legitimación activa. - V. Algunas reflexiones finales. - VI. Bibliografía.

## I. Introducción

El fallo de que se trata reconoce la legitimación activa y el consecuente reclamo indemnizatorio por daño moral a la **concubina**, a pesar de la restricción expresa establecida por el art. 1078 del Cód. Civil.

El mencionado artículo en el caso de muerte de la víctima sólo reconoce acción por indemnización del daño moral a los herederos forzosos.

El art. 1078 del Cód. Civil (sustituido por la ley 17.711 -Adla, XXVIII-B, 1810-) regula que: "... La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima sólo tendrán acción los herederos forzosos..."

## II. La legitimación activa para reclamar daño moral según la doctrina nacional y los proyectos de reforma del Código Civil

Al respecto, cabe destacar que la doctrina mayoritaria ha manifestado su insatisfacción con la normativa actual, proclamando la necesidad de una modificación que otorgue soluciones más flexibles en materia de legitimación activa por daño moral.

La ampliación de "lege ferenda" de los legitimados activos para reclamar daño moral ha sido reiteradamente sostenida en forma absolutamente mayoritaria en los

más recientes Congresos y Jornadas: "II Congreso Internacional de Derecho de Daños", Buenos Aires, 1991, "III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa", 1991; "XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil", San Miguel de Tucumán, 1993, "IV Congreso Internacional de Derecho de Daños", Buenos Aires, 1995.

La recomendación de las Jornadas de San Juan expresó sobre el particular: "Se aconseja ampliar en una futura reforma del Cód. Civil el ámbito de damnificados indirectos legitimados para reclamar la reparación del daño moral". La suscriben: Bueres, Pizarro, Zavala de González, Chiapero de Bas, Junyent de Sandoval, Lloveras de Resk y Stiglitz.

Jorge Mosset Iturraspe que en las Jornadas mencionadas había propuesto la inconveniencia de la modificación del art. 1078 del Cód. Civil, manifiesta en la actualidad (1999, 251) que: "En los últimos años, la observancia de casos reales nos ha convencido de la conveniencia de un texto, similar al del Proyecto de 1993 del Ejecutivo, que legitima a los "convivientes", en caso de muerte, sujeto, claro está, a la apreciación judicial...".

En la misma inteligencia, el Proyecto de la Comisión designada por decreto 468/92 -Adla, LII-B, 1641- en el art. 1596 establece que: "si del hecho dañoso hubiese resultado la muerte de la víctima, están legitimados el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y las personas que convivían con ella al tiempo del hecho".

Asimismo, el Proyecto de la Comisión de Legislación General que cuenta con la sanción de la Honorable Cámara de Diputados también propone importantes modificaciones en materia de legitimación activa por daño moral y en el art. 1078 dispone que si del hecho sobreviene la muerte de la víctima, tendrán acción sus ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos.

Finalmente, el Proyecto de 1998 reconoce la satisfacción del daño extrapatrimonial en los supuestos de gran incapacidad o muerte de la víctima al cónyuge, ascendientes, descendientes y "quienes convivan con ella recibiendo trato familiar ostensible", confiriendo atribuciones a los tribunales para que en casos especiales se reconozca legitimación a otros sujetos, atendiendo a la repercusión del hecho y a la vinculación del reclamante con el damnificado.

### **III. La legitimación activa para reclamar daño moral en el derecho comparado**

En la doctrina y jurisprudencia francesas predomina la concepción amplia que

conduce a eliminar todo tipo de barreras. En virtud de ello, la jurisprudencia francesa desde 1954 sostiene que la novia, la **concubina** o la pupila por la muerte de su tutor, son también titulares de la pretensión resarcitoria por daño moral.

La exigencia de la prueba concreta del perjuicio es el único freno contra la catarata de reclamos, tan temida por un sector de nuestra doctrina nacional.

Mosset Iturraspe explica que en el Derecho italiano, el criterio es restrictivo y sólo se otorga la pretensión a los parientes próximos, por considerar que la familia es un organismo ético jurídico, donde se establecen relaciones jurídicas basadas en deberes y derechos recíprocos. Y que según Sconamiglio para unos la reparación se limita a los herederos, para otros, alcanza a los unidos por vínculos de consanguinidad y no faltan quienes sostienen un criterio más amplio de familia.

En el Derecho portugués, se reconoce acción al cónyuge no separado y los hijos y otros descendientes, en conjunto, a falta de éstos, a los padres u otros ascendientes y en su caso a los hermanos o sobrinos, hijos de hermanos prefallecidos de la víctima.

#### *Concepto de daño moral*

Alberto Bueres (1984, II Jornadas de Derecho Civil) señala que el daño moral es el menoscabo o pérdida de un bien -en sentido amplio- que irroga una lesión a un interés amparado por el derecho de naturaleza extrapatrimonial. Dicho interés tiene un contenido puramente espiritual.

El doctor Bueres (1994, 256) agrega que el daño moral -cuando menos en una acepción primaria o pura- "es la lesión a un interés jurídico espiritual (o extrapatrimonial) que ha de ser reparado a tenor de su contenido estrictamente subjetivo (o espiritual)... Por de pronto hemos puesto el acento en los intereses a seleccionar por el intérprete. Esos intereses han de ser jurídicos (amparados por el Derecho). En otros términos, ha de tratarse de intereses que es de justicia reparar... La juridicidad que predicamos no se detiene en la positividad de la norma, sino que apunta al ordenamiento como totalidad (a todas las fuentes del derecho como expresión de lo justo). Va de suyo que, dentro de un amplio sistema de atipicidad del daño han de tener cabida los llamados intereses de hecho o intereses simples en tanto y en cuanto ellos sean serios y lícitos, pues el reconocimiento de dichos intereses es un reclamo de la equidad y de la solidaridad social. El interés conculcado ha de ser espiritual (o extrapatrimonial).

En corolario de lo afirmado precedentemente, el daño moral debe tener un

contenido subjetivo o, con arreglo a otras miras, debe tener consecuencia espirituales...".

#### **IV. La contradicción lógica entre el artículo 1078 del Código Civil y el artículo 1079 en lo relativo a la legitimación activa**

Zavala de González (1993, v 2a, 661) manifiesta que: "... tampoco la clase de daño de que se trate (moral o patrimonial) desvirtúa la esencia clasificada: el daño mismo. ¿Por qué en ciertos perjuicios rigen restricciones legitimantes (art. 1078) y en otros no (art. 1079), si todos ellos son en lo básico menoscabos injustos, cualquiera sea la esfera -espiritual o material- en que se constatan? No encontramos respuesta lógica ni axiológica que pueda justificar la discriminación, lesiva del principio de igualdad jurídica (art. 16, Constitución Nacional)...".

La restricción impuesta por el art. 1078 del Cód. Civil se contradice con la amplitud de la legitimación activa para reclamar daño patrimonial dispuesta por el art. 1079 del Cód. Civil, que reconoce legitimación a toda persona que por el delito hubiese sufrido, aunque sea de manera indirecta, por lo que resulta irrazonable esta solución aunque su sentido sea inequívoco.

Carlos Santiago Nino (1987, 273) sostiene que hay una contradicción entre normas cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles.

Alf Ross distingue tres clases de inconsistencias: total-total (los ámbitos de referencia de ambas normas se superponen totalmente), total-parcial (cuando el ámbito de referencia de una norma está incluido totalmente en el de la otra, pero ésta última comprende además casos adicionales) y la inconsistencia parcial-parcial que es la que se da en caso que nos ocupa.

La inconsistencia parcial-parcial se produce cuando las descripciones de dos normas con soluciones incompatibles se superponen parcialmente, pero ambas tienen ámbitos de referencia autónomos.

En el caso, la solución del art. 1078 es incompatible con la del 1079 en lo relativo a la legitimación activa para reclamar daño, pero ambas normas tienen ámbitos de referencia autónomos.

El art. 1078 se circunscribe al daño moral.

El art. 1079 se refiere al daño patrimonial.

Los juristas y los jueces utilizan como dice Alf Ross, varias reglas para resolver *los*

*problemas de contradicción normativa.*

Una de esas reglas, el principio "lex superior" es el que ha aplicado la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, en el fallo en análisis, con impecable lógica jurídica.

Y así en el fallo de que se trata, la Cámara sostuvo: "... Por eso, a la luz de los hechos y circunstancias mentados, cabe concluir que el precepto resulta inaplicable en el particular, por resultar lesivo de derechos fundamentales y garantías de raigambre constitucional, como lo son la protección integral de la familia y la igualdad ante la ley, en la certidumbre de que la muerte del compañero ha conculcado en la **concubina** un derecho legítimo, proveniente de su emplazamiento existencial y suficientemente acreditado a partir de la relación estable y prolongada mantenida con la víctima y de la crianza de sus cuatro hijos (uno de ambos, y los otros tres del anterior matrimonio de aquél)".

Por cierto que a la contradicción lógica existente entre los arts. 1078 y 1079 en lo relativo a la legitimación activa, se suma una contradicción axiológica.

Es evidente que las pautas valorativas no son las mismas para daño patrimonial y moral y podríamos inferir que el Cód. Civil valoriza más el daño patrimonial que el daño moral y como consecuencia de ello reconoce amplitud de legitimados activos para reclamar daños patrimoniales.

Podrá sostenerse que en definitiva se trata de política legislativa y es indudable pero ello no subsana las contradicciones existentes.

*La relevancia del fallo*

El fallo presenta una correcta argumentación justificatoria con razones explícitas que han sido aducidas para lograr la validez de la decisión (razones propiamente jurídicas o fuentes del derecho, razones interpretativas o parajurídicas, razones fácticas, razones lógicas, axiológicas y técnicas o doctrinarias).

La Cámara argumentó que: "...Tal es la solución extrema que debe aplicar en el caso, buscando realizar un análisis de compatibilidad y armonización entre el texto de la ley y los derechos reconocidos en la Carta Magna. Para cumplir ese cometido, se ha de buscar una interpretación 'valiosa' (CS, ED, 117-579) que atienda a la realidad del precepto y a la voluntad del legislador, en función integradora de esa ley con el ordenamiento jurídico restante y los principios y garantías de la Constitución Nacional y provincial, reparando en su razonabilidad e inteligencia (del

voto del doctor Galdós, en fallo plenario CApel. Azul, 'Credi Paz S.A. c. Foulkes, Mariana Andrea s/ejecución', del 22/11/20, pub. en Boletín Judicial N° 24.437; 24.438; 24.439; 24.440).

*En razón de lo expuesto, propongo la admisión del reclamo indemnizatorio de la concubina, con la consiguiente confirmación del decisorio de primera instancia, fundamentado en los preceptos constitucionales de protección de la familia (arts. 14 bis, tercer párrafo, Constitución Nacional; 17, 27 y conchs. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 'Pacto de San José de Costa Rica'; 10 y 23 'Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales' y 'Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos'), igualdad ante la ley (art. 16, Constitución Nacional) y doctrina emanada del art. 1079 del Cód. Civil, en cuanto sienta el principio general de la responsabilidad civil y a su amparo, amplía el espectro de los legitimados para reclamar por daño".*

El doctor Jorge Mayo (2005, 41) al comentar este fallo manifestó que: "frente a la tipología normativa, igual a taxatividad en el supuesto, sostener que el art. 1078 es violatorio del principio de igualdad me parece una falacia... Y no creo que la inconstitucionalidad resulte admisible frente a nuestro derecho positivo (con un amplio régimen de divorcio vincular)...".

En rigor de verdad, no es posible desconocer la opinión de tan destacado jurista como no es posible ignorar los postulados de la adhesión dogmática al derecho positivo.

Cabe entonces preguntarse cuál es el rol de los jueces en el Derecho de daños.

Al respecto, comparto la postura del doctor Gabriel Stiglitz (1992, 173) que manifiesta que: "cuando la Administración del Estado y la propia legislación, aparecen a menudo en retirada, respecto a sus funciones de control de las relaciones en la comunidad, dejando toda la suerte sobre la justicia de esas relaciones, echada al libre juego de las fuerzas sociales, y siendo que las desigualdades reales entre los sujetos, privan a los más necesitados del goce efectivo de esta libertad, entonces para que la responsabilidad civil no se transforme en un sistema de vallas que impidan el resarcimiento, es que emerge la trascendencia del rol judicial, dinamizando el derecho de daños como técnica para una eficaz protección de la persona.

## **V. Algunas reflexiones finales**

El art. 1078 del Cód. Civil se enrola en una posición restrictiva en lo relativo al

reconocimiento de la legitimación activa. Como consecuencia de esta restricción se desconoce la legitimación de los parientes que acrediten haber sufrido una lesión en sus intereses legítimos aunque del hecho ilícito no haya derivado la muerte de la víctima.

Sólo se admite como legitimado al damnificado directo y si del hecho hubiese resultado la muerte de la víctima, únicamente tienen acción los herederos forzosos; de manera que quedan excluidos: la **concubina**/o, los hermanos, la guardadora, el hijo de crianza, la novia y otras personas que puedan sufrir una lesión en un interés propio, en virtud de sus lazos afectivos con la víctima.

La restricción impuesta por el art. 1078 se contradice con la amplitud de la legitimación activa para reclamar daño patrimonial dispuesta por el art. 1079 del Cód. Civil, que reconoce legitimación a toda persona que por el delito hubiese sufrido, aunque sea de manera indirecta; por lo que resulta irrazonable esta solución legal, aunque su sentido sea inequívoco.

Estamos en presencia de una inconsistencia parcial-parcial en terminología de Alf Ross, a la que se suma una contradicción axiológica. Podríamos inferir que el Cód. Civil valoriza más el daño patrimonial que el daño moral y como consecuencia de ello reconoce amplitud de legitimados activos para reclamar daños patrimoniales.

Es evidente que el criterio estricto responde a política legislativa pero ello no subsana las contradicciones existentes.

La doctrina que defiende el espíritu del art. 1078 actual basa su fundamentación en el temor a una multiplicidad de reclamos, temor que no se manifiesta en el ámbito de los daños patrimoniales, y que no tiene razón de ser si se tiene en cuenta la atribución judicial de la morigeración equitativa de la indemnización en mérito de la situación patrimonial del deudor del art. 1069, párr. 2º, del Cód. Civil y la prueba del daño moral causado a las afecciones legítimas por parte de quienes lo alegaren como damnificados indirectos en el supuesto de lesiones y en el caso de muerte de la víctima, aunque no fuesen herederos forzosos.

Desde el punto de vista histórico, es aún más enjuiciable el sistema vigente, dado que el art. 1078 antes de la reforma de la ley 17.711, si bien sólo reconocía daño moral si el hecho fuese un delito de derecho criminal, consagraba la legitimación amplia de los damnificados.

Si se admite la reparación del daño moral con sentido resarcitorio y consecuentemente su proyección constitucional, la limitación impuesta por el art.

1078 vulnera la esencia del derecho a la reparación integral.

El sistema actual implica la conculcación de la esencia misma del principio general de no dañar a otro ("alterum non laedere"), que la Constitución Nacional establece como límite concreto de las conductas privadas individuales en su art. 19.

Ramón Pizarro en (2004, 9), sostiene que: "... hay allí lisa y llanamente una grotesca conculcación de la esencia misma de ese derecho, que torna inconstitucional la solución normativa vigente... Agregando que tratándose de personas que han experimentado un daño patrimonial o espiritual grave derivado de la muerte de la víctima, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se inclina por otorgar legitimación activa (tal es el caso de los hermanos que por supuesto deberán demostrar el daño sufrido). Y propone como válvula de escape razonable y flexible, las normas y principios consagrados por los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, hoy incorporados a la Carta Magna por vía del art. 75, inc. 22...".

Esta interpretación que guarda plena armonía con el espíritu de nuestra Constitución es la que ha sido adoptada por el fallo en análisis.

Por otra parte, si daño resarcible es el daño cierto, no admitiéndose la exigencia del requisito de lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo, no se comprende que tal exigencia sea postulada por el art. 1078 que excluye a aquellos que tengan un interés simple no reprobado por el derecho.

Tal como se manifiesta en el fallo, *el rechazo indemnizatorio, en este caso, se parece más a la sanción a una conducta que de hecho no la tiene -la convivencia sin matrimonio- que a una adecuada respuesta en orden al derecho de daños (cfr. arts. 18 y 19, Constitución Nacional).*

Los **concubinos** tienen un interés simple no reprobado por el derecho, en el supuesto de muerte de su compañero, que es reconocido en la actualidad por la jurisprudencia en el ámbito de los daños patrimoniales, pero se les niega la posibilidad de reclamar por el daño ocasionado a sus afecciones legítimas debido a la interpretación inequívoca del art. 1078, lo cual no sólo implica contradicción en el campo jurídico sino inequidad que raya en el absurdo. Y va de suyo que no son razones sentimentales las que se invocan.

Y más allá de proclamar la innegable necesidad de la reforma legislativa del art. 1078 del Cód. Civil, corresponde resaltar la argumentación justificatoria del fallo que nos ocupa y la trascendencia del rol judicial, dinamizando el derecho de daños

para una eficaz protección de la persona.

## **VI. Bibliografía**

BUERES, Alberto. "El daño moral y su relación con las lesiones", t. 1, p. 237-266, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 1994.

MAYO, Jorge. "Sobre la legitimación activa para reclamar daño moral", RCyS, 2005-41-51.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Responsabilidad por Daños", t. V, El Daño Moral, 1ª ed., Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1999.

NINO, Carlos S., "Introducción al análisis del derecho", 3ª ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.

PIZARRO, Ramón. "La Corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación", LA LEY, 2004-f, 90.

STIGLITZ, Gabriel. "El derecho de daños en su cabal función". LA LEY, 1992-B, 171-177.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", 2ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

**Tribunal:** Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II(C2aCivyComMardelPlata)(SalalI) 

**Fecha:** 23/11/2004

**Partes:** R., S. E c. Bustos, Esteban

**Publicado** LLBA 2005 (marzo), 134, con nota de Silvia Y. Tanzi; Ethel Humphreys - RCyS 2004, en: 588, con nota de Silvia Y. Tanzi y Ethel Humphreys - DJ 2005-1, 189, con nota de Silvia Y. Tanzi y Ethel Humphreys - LLBA 2005 (octubre), 1049, con nota de Graciela B. Ritto - JA 2005-IV, 284

---

## HECHOS:

*El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios deducida por quien mantenía una relación concubinaria con la persona que falleció en un accidente de tránsito. La Cámara confirmó el fallo apelado.*

## SUMARIOS:

1. Cabe hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios incoada por la **concubina** de quien falleció en un accidente de tránsito, pues si bien el art. 1078 del Cód. Civil limita la acción únicamente a los herederos forzosos, en el caso el rechazo indemnizatorio se parece más a la sanción de la convivencia sin matrimonio que una adecuada respuesta en orden al derecho de daños. [Abrir Jurisprudencia y Doctrina Vinculada](#)

## TEXTO COMPLETO:

2ª Instancia.— Mar del Plata, noviembre 23 de 2004.

1ª ¿Es justa la sentencia de fs.921/38 y 798/815? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión.- El doctor Oteriño dijo:

I) Dicta sentencia el a quo haciendo lugar a la demanda promovida por A. A. A., por sí y en representación de su hijo menor de edad L. S., y a la deducida por S. E. R., por sus hijos N. E., M. S. y G. G. S., contra E. A. B. y "OCA S.A." y condenando, en consecuencia, a estos últimos, solidariamente con "Omega Cooperativa de Seguros

Limitada", a pagar a las reclamantes las sumas de \$ 102.800.- y \$ 45.000.-, respectivamente, más intereses y costas.

Se trata de las acciones indemnizatorias deducidas por la **concubina**, en el primer caso, y la cónyuge divorciada, en el segundo, de C. A. S., padre de los menores nombrados, quien falleciera a raíz del accidente de tránsito ocurrido el 8 de julio de 1997, a las 6,45, en la ruta 226, a la altura del kilómetro 7, al ser embestido, circulando al mando de su Fiat 600, por la camioneta F 100 conducida por Bustos y de propiedad de "OCA S.A.", que, a gran velocidad, lo alcanzó en su parte posterior y lo arrastró durante una extensión de treinta cinco metros.

Encontrados los demandados objetivamente responsables del accidente, sin que mediara acreditación de culpa alguna de la víctima en los términos de lo prescripto por el art. 1113, segunda parte, del Cód. Civil, procede el juzgador a determinar la naturaleza e importe de los daños, en los siguientes términos: a.-para A. A. A.: 1°.- por daño material en razón de la privación de asistencia o cooperación económica: \$ 72.000.- (\$ 24.000.- para ella y \$ 48.000.- para los cuatro hijos, a razón de \$ 12.000.- para cada uno); 2°.-por daño moral: \$ 30.000.- (\$ 15.000.- para la reclamante y \$ 15.000.- para su hijo Lucas); 3°.-por daño emergente por destrucción del Fiat: \$ 800.-; b.-para S. E. R.: por daño moral de sus tres hijos: \$ 45.000.- (\$ 15.000.- para cada uno).

La sentencia es apelada por A. A. A., quien se disconforma del fallo únicamente en lo referido a la indemnización del daño material por privación de la vida de su compañero, señalando que S., de 34 años, revistaba como cabo 1° en la Policía de la Provincia, con una antigüedad de diez años y un sueldo de \$ 751,66 mensuales al momento de su fallecimiento, y con toda una carrera en el futuro, que podría haber cumplido de no mediar el hecho, y cuyo cargo más alto habría sido el de suboficial mayor.

Y es también apelada por la parte accionada, quien expresa agravios: 1°.-por la responsabilidad atribuida a su parte, a espaldas -señala- de la sentencia absolutoria dictada en sede penal, recalcando que Bustos conducía la camioneta a velocidad reglamentaria, en tanto que la víctima lo hacía a una velocidad mínima y sin elementos de seguridad como lo es el apoyacabezas, lo cual configura su culpa; 2°.-por la indemnización del daño moral a la **concubina**, en contra de lo dispuesto por el art. 1078 del C.Civil; 3°.-por el elevado monto (\$ 72.000.-) fijado en concepto de daño material por privación de la vida, que -a su criterio- no se ajusta a los ingresos del fallecido; 4°.-por el elevado monto del daño moral fijado para los

tres hijos del primer matrimonio.II) Consideración de los agravios.

Por razones metodológicas, se considerarán en primer lugar los correspondientes a la parte accionada.

Primero: por la responsabilidad.

No le asiste razón.

La sentencia absolutoria dictada en sede penal no impide examinar la responsabilidad de la parte en el juicio civil (conf. art. 1103 y nota del C.Civil), máxime si, como en autos, ni la existencia del hecho ni el protagonismo del demandado Bustos han sido puestos en duda, por lo que no habría lugar, de manera alguna, a sentencias contradictorias.

Esto es así, pues la responsabilidad penal y la civil no se confunden, ya que se aprecian con distinto criterio, de donde se tiene que un hecho declarado existente en sede penal pueda dar lugar a una absolución en dicho ámbito y, contemporáneamente, prestar mérito a una condena indemnizatoria en razón de la responsabilidad civil extracontractual (conf. CC0102 MP 102474 RSI/453/97 I 29/5/97; 107066 RSD/428/98 S 9/12/98).

En este caso, por lo demás, el juzgador ha sido claro en fundar su condena en la imputación objetiva dada por la condición de embistente y causante del daño del vehículo de la accionada, sin que mediara culpa total o parcial de la víctima, toda vez que la circunstancia de circular ésta a menor velocidad no configura de plano una conducta reprochable, como tampoco lo es el hecho de no contar el vehículo conducido con apoyacabezas.

Con cita, pues, del art. 1113, segundo párrafo, del C.Civil, propicio el rechazo de la apelación a este respecto.

Segundo: por la indemnización del daño moral de la **concubina**.

En este caso particular, parece atendible la pretensión, dado el hecho de haberse tratado de una relación de convivencia estable, prolongada en el tiempo, con un alto grado de certeza sobre su proyección futura, a partir de la cual se compartió no sólo el hogar sino la vida en todos los aspectos, y cuyo fruto ha sido el hijo nacido de ambos, que es criado por la reclamante conjuntamente con los otros hijos del anterior matrimonio de la víctima.

Pero esto exige algunas consideraciones, dado el valladar constituido por la

prescripción del art. 1078 del C.Civil, en cuanto limita la acción únicamente a los herederos forzosos.

En primer lugar, ha de partirse del paulatino reconocimiento que viene teniendo el status de la **concubina** en cuanto al reclamo del daño patrimonial sufrido a consecuencia de la muerte de su pareja, tanto sea a título indemnizatorio como previsional, y en cuanto a extensión de la obra social, derecho a continuar la locación de la vivienda, etcétera (conf.S.C.B.A.,Ac.75617, 19/2/02; Ac.79161, 7/5/2003; CC0102 MP 112131 RSD/00 S 29/6/2000; CC0102 MP 89356 RSD/124/94 S 5/4/94; Cám.Civ.Com.1a., Sala 3a.,La Plata, 242.365, 19/8/04; leyes nros. 23.226, 23.570, 24.241; arts.1077, 1079 del C.Civil y 9° de la ley 23.091).

En segundo lugar, porque parece injusto que, tratándose de la muerte de la persona con quien se ha estado unido por lazos de afecto, el daño moral y la consecuente indemnización pueda ser presumido en caso de matrimonio y negado a quien, por no mediar la institución matrimonial, se encuentra en iguales condiciones de convivencia estable y de formación de una progenie.

En tercer lugar, porque el rechazo indemnizatorio, en este caso, se parece más a la sanción a una conducta que de hecho no la tiene -la convivencia sin matrimonio- que una adecuada respuesta en orden al derecho de daños (conf. arts. 18 y 19 de la Const. Nacional).

En cuarto lugar, porque la limitación de marras choca con el criterio imperante en materia de daños -reparación plena e integral de quien ha sufrido un daño injusto-, que se encuentra profusamente abonado en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, a partir de inequívoca normativa: arts. 1068/9, 1071 bis, 1077, 1078, 1a. parte, 1079, 1080, 1083, 1084/5, 1109 y sigtes. y concs. del C.Civil.

En quinto lugar, porque la finalidad de la ley de restringir el cupo de legitimados, atendible "prima facie" para no multiplicar el número de los reclamantes comprendidos en la aflicción, no puede llegar al extremo de desconocer el explicable dolor de quien, al igual que el cónyuge supérstite, también ha visto zozobrar su patrimonio espiritual, con clara afectación de los valores paz, seguridad, tranquilidad, justicia.

Conforme a estos criterios, la Cámara Nacional Civil sostuvo la legitimación de la **concubina** para reclamar la lesión psíquica, por constituir una especie de incapacidad sobreviniente, entendiéndose, desde la esfera de la doctrina, que con

ello no se ha hecho más que reconocer una solución axiológicamente valiosa: el derecho de la nombrada a un resarcimiento por daño moral (conf. CNCiv, sala J, dic.11/97, con nota de Agoglia, Boragina, Meza, en "L.L.", 2/9/98, pág. 6).

En la misma dirección, el Tribunal Colegiado Extrac. de Santa Fe n° 1, 2da. Sec., historiando la evolución de la doctrina y jurisprudencia y aspectos puntuales de la litis, ha admitido la indemnización en examen, con fundamento en criterios de reparación integral y en el hecho de no existir una prohibición expresa de la pretensión, lo cual habilita, a su criterio y en la medida de la prueba, el otorgamiento de la indemnización por daño moral (conf. expte. 241, f°300, año 1989, res.107, f° 378/98, t. 49, en "Revista de Derecho de Daños", 2001/2, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 341 y siguientes).

Tal es, asimismo, la dirección que impera en la doctrina (conf. Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", 2a, n° 88, p.392 y sigtes.; 2b, 165, p. 553; Gandolla, J.E., "El daño moral por muerte del **concubino**", p.217, en "Daño moral", Rev. Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni; "Jornadas sobre Temas de Responsabilidad civil en caso de muerte o lesión de personas", Dictamen "A", Rosario, 1979; "Jornadas de Derecho Civil de San Juan", 1984).

Mas, como queda dicho, el escollo constituido por la norma de aplicación es contundente, en cuanto le niega acción a la **concubina** -que no es heredera forzosa- para reclamar indemnización por daño moral, toda vez que el interés jurídicamente protegido depende de pautas normativas que a la nombrada, como regla, no la asisten (conf. CC0102 MP 89356 RSD/124/94 S 5/4/94).

Así lo han entendido Bossert, G. (conf. "Régimen jurídico del concubinato", n° 143, p. 166), Kemelmajer de Carlucci, E.R. ("Legitimación activa para reclamar daño moral...", ED, 140-895), partiendo de la lectura de una norma que, conforme al axioma "Ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus", no admite otra interpretación fuera de la que su sentido literal indica: "si del hecho hubiera resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".

Ahora bien, tomando palabras de la jurista mendocina al decir que las situaciones de hecho no son, para el Derecho Privado, una cuestión ni cualitativa ni cuantitativamente menor ("Sucesiones", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 31), y repensado el tema a la luz de la actual realidad social, el suscripto comprende que la solución legal es, en este caso particular, disvaliosa, pues con un fundamento apodíctico, priva de la indemnización a quien,

en un nexo causal con el obrar ilícito imputado al demandado, da muestras de la existencia de un menoscabo espiritual.

Esta limitación atenta contra la noción de familia, que conceptualmente excede a la constituida desde bases matrimoniales, puesto que comprende también a la que, originada en una unión de hecho, esto es, sin estar constituida legalmente, funciona como tal en la sociedad (Bossert, G., ob. cit.; Bossert-Zannoni, "Manual de derecho de familia", n° 2, pág. 5 y sigtes.; voz "Familia", en Enciclopedia Juríd. Omeba, XI, p. 978; Grosman, C.P., "Alimentos a los hijos y Derechos Humanos", Ed. Universidad, p. 161).

Por eso, a la luz de los hechos y circunstancias mentados, cabe concluir que el precepto resulta inaplicable en el particular, por resultar lesivo de derechos fundamentales y garantías de raigambre constitucional, como lo son la protección integral de la familia y la igualdad ante la ley, en la certidumbre de que la muerte del compañero ha conculcado en la **concubina** un derecho legítimo, proveniente de su emplazamiento existencial y suficientemente acreditado a partir de la relación estable y prolongada mantenida con la víctima y de la crianza de sus cuatro hijos (uno, hijo de ambos, y los otros tres del anterior matrimonio de aquél).

Tal es la solución extrema que cabe aplicar en el caso, buscando realizar un análisis de compatibilidad y armonización entre el texto de la ley y los derechos reconocidos en la Carta Magna.

Así lo ha entendido la Corte Suprema de la Nación y otros Tribunales Superiores de Provincia (S.C. Mendoza, 20 de diciembre de 2000, "Telefónica de Argentina c. Provincia de Mendoza", voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci; S.C.B.A., Ac. 32.771 del 21/9/84; Ac.32.770 del 7/8/84, en DJBA 127, 382, entre otros).

Para cumplir ese cometido, se ha de buscar una interpretación "valiosa" (C.S.N.; ED, 117-579) que atienda a la realidad del precepto y a la voluntad del legislador, en función integradora de esa ley con el ordenamiento jurídico restante y los principios y garantías de la Constitución Nacional y Provincial, reparando en su razonabilidad e inteligencia (del voto del doctor Galdós, en fallo plenario CApel. Azul: "Credi Paz S.A. c. Foulkes, Mariana Andrea s/ ejecución", del 22/11/20, pub. en Boletín Judicial N° 24.437; 24.438; 24.439; 24.440 -LLBA, 2002-308-).

Con ese rumbo, se evita darle a la ley un sentido que ponga en pugna disposiciones, al tiempo de adoptar el que las concilia y les deja su valor y efectos (CNCom., sala A, 28/6/1999, pub. en La Ley, 2000-A, 211 - 99.876; CCiv. y Com.

Mar del Plata, sala II, causa 119431 RSD 55 del 7-3-02; Sagüés; "La interpretación judicial de la Constitución", ps. 175 y 195).

En razón de lo expuesto, propongo la admisión del reclamo indemnizatorio de la **concubina**, con la consiguiente confirmación del decisorio de primera instancia, fundamentado en los preceptos constitucionales de protección de la familia (arts. 14 bis, tercer párrafo, Constitución Nacional; 17, 27 y conchs. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica"; 10 y 23 "Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos"), igualdad ante la ley (art. 16 Const. Nacional) y doctrina emanada del art. 1079 del C.Civil, en cuanto sienta el principio general de responsabilidad civil y, a su amparo, amplía el espectro de los legitimados para reclamar por daño.

Tercero: por el elevado monto del daño material por privación de la vida (este agravio guarda relación con el deducido por A. A. A., aunque en sentido opuesto, por su limitado monto, por lo que se resuelven ambos conjuntamente y en este apartado).

Dice la actora que el importe de \$ 72.000.- fijado en sentencia es exiguo, en tanto que la demandada sostiene que, por el contrario, es elevado.

Puesto en claro que se ha tratado de un agente policial de solo treinta y cuatro años y con una carrera expedita acaso por más de veinte años, ha de comprenderse que la expectativa de remuneraciones ha sido importante, aunque es necesario merituar, asimismo, que el propio agente hubiera gastado en forma personal, para su propia subsistencia, parte de esos dineros y que los hijos se irían independizando al tiempo de alcanzar su mayoría de edad (conf. arts. 163 inc. 5, 375, 384 del C.P.C.; 1067 y conchs. del C.Civil).

Por eso, a la luz de los elementos con que se cuenta, y conforme a un criterio amplio, que, sin desmedro de lo dicho, tenga en mira esa razonable evolución profesional y económica de la víctima, parece exiguo el importe fijado para los hijos, no así el determinado para la accionante A., por lo que entiende el suscripto que es justo elevar la indemnización correspondiente a los menores hasta la suma más equitativa de \$ 15.000.- para cada uno.

De esta manera, propongo hacer lugar a la apelación a este propósito y fijar, en consecuencia, el presente rubro indemnizatorio en la suma total de \$ 84.000.-, de los cuales \$ 24.000.- son para la demandante A., \$ 15.000.- para el hijo de ésta L.

S., y \$ 45.000.- para los otros hijos, aquí representados por su madre S. E. R. (conf. arts. 163 inc. 5, 375, 384 del C.P.C.; 1067 y concs. del C.Civil).

Es lo que propongo, con la consiguiente admisión de la apelación de la actora y el rechazo de la formulada por la demandada.

Cuarto: por el elevado monto del daño moral de los tres hijos del primer matrimonio.

Se ha fijado para los cuatro hijos la suma de \$ 15.000.- para cada uno, y esto con el objeto de indemnizar el padecimiento sobrevenido a raíz de la muerte cruenta de su padre. No parece elevado dicho importe, si se meritúa la zozobra que es dable inferir por la puesta en ciernes de valores trascendentes de la vida, como lo son la paz, la seguridad, la protección, representados por la figura del padre.

Propongo la confirmación de esta indemnización (conf. arts. 384 del C.P.C., 1078 del C.Civil).

Agravios de la actora A.

Agravio único: por el exiguo monto del daño por privación de la vida.

Ha de estarse a lo dispuesto en el tercer agravio de la demandada. Voto por la afirmativa.

La doctora Zampini votó en igual sentido por análogos fundamentos.

2ª cuestión.- El doctor Oteriño dijo:

Corresponde confirmar la sentencia de primera instancia, con la sola modificación de la indemnización por privación de vida, que, en cuanto a los cuatro hijos de la víctima, se eleva a \$ 15.000.- para cada uno, haciéndose de tal manera lugar a la apelación de la actora y rechazándose enteramente la apelación de la demandada, con costas a cargo de esta última (conf. art. 68 del C.P.C.), difiriendo la regulación de los honorarios por lo dispuesto en el art. 51 de la ley 8904. Así lo voto.

La doctora Zampini votó en igual sentido los mismos fundamentos.

Por los fundamentos expuestos en el presente acuerdo se confirma la sentencia de fs. 921/38 y 798/815, con la sola modificación de la indemnización por privación de vida, que, en cuanto a los cuatro hijos de la víctima, se eleva a \$ 15.000.- para cada uno, haciéndose de tal manera lugar a la apelación de la actora y rechazándose enteramente la apelación de la demandada, con costas a cargo de

esta última (conf. art. 68 del C.P.C.), difiriéndose la regulación de los honorarios por lo dispuesto en el art. 51 de la ley 8904. - Rafael F. Oteriño.- Nélida I. Zampini.

**Título:** Declaración de inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil y    
legitimación activa de la concubina para el daño moral

**Autor:** Ritto, Graciela B.

**Publicado en:** LA LEY 2008-C, 553

**Fallo comentado:** Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata (C2aCivComMardelPlata) C2aCiv. y Com., Mar del Plata ~ 2007/12/26 ~ Camargo, Mónica y otro c. Lima, Roberto y otra

---

El fallo de que se trata declara de oficio *la inconstitucionalidad del artículo 1078 del CC*, con fundamento en que la limitación de dicho artículo en lo relativo a la legitimación activa choca con el criterio imperante en materia de daños, de reparación plena e integral de quien ha sufrido un daño injusto, y lesiona derechos de raigambre constitucional, como lo son la protección integral de la familia y la igualdad ante la ley, reconociendo la legitimación activa y el consecuente derecho indemnizatorio por daño moral a la concubina.

El mencionado artículo en el caso de muerte de la víctima sólo reconoce acción por indemnización del daño moral a los herederos forzosos.

El Artículo 1078 del CC (sustituido por la Ley 17.711 —Adla, XXVIII-B, 1810—) regula que: "...La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo, si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima sólo tendrán acción los herederos forzosos...".

La restricción impuesta por el artículo 1078 del CC se contradice con la amplitud de la legitimación activa para reclamar daño patrimonial dispuesta por el artículo 1079 del CC, que reconoce legitimación a toda persona que por el delito hubiese sufrido, aunque sea de manera indirecta; por lo que resulta irrazonable esta solución legal, aunque su sentido sea inequívoco.

Sin duda y como ya lo hemos sostenido anteriormente, es inexplicable desde el punto de vista lógico esta notoria contradicción y desde el punto de vista axiológico, podríamos inferir que el Código Civil valoriza más el daño patrimonial que el daño

moral y como consecuencia de ello reconoce amplitud de legitimados activos para reclamar daños patrimoniales. 1)

Desde el punto de vista histórico es aun más reprochable el sistema vigente, dado que el artículo 1078 antes de la reforma de la Ley 17.711, si bien sólo reconocía daño moral en tanto el hecho fuese un delito de derecho criminal, consagraba la legitimación amplia de los damnificados.

El sistema actual implica la conculcación de la esencia misma del principio general de no dañar a otro (*alterum non laedere*), tal como se ha sostenido en el fallo en análisis, que la Constitución Nacional establece como límite concreto de las conductas privadas individuales en su artículo 19 y atenta contra el principio de la igualdad ante las cargas públicas del artículo 16 de la Carta Magna.

Estas convicciones las planteamos en su momento, en el Proyecto de Tesis "La legitimación activa para reclamar daño moral", aprobado en noviembre de 2004, por la Comisión del Doctorado en Derecho con orientación en Derecho Privado de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES).

En esa instancia formulamos como una de las hipótesis que: *"Todo damnificado indirecto que acredite haber sufrido una lesión a un interés legítimo o a un interés simple de naturaleza extramatrimonial, aunque no sea un heredero forzoso, está legitimado para reclamar daño moral en el supuesto de muerte de la víctima..."*.

*Hechos:* Un colectivo de pasajeros embistió al conductor de una bicicleta quien sufrió traumatismo encefalocraneano y fractura de macizo facial que le causaron posteriormente la muerte. Su concubina y su hija demandaron por daños y perjuicios al conductor y a la empresa de transporte juntamente con la citada en garantía.

*Solución adoptada por el Tribunal en lo referido al daño moral de la concubina:*

El caso fue encuadrado por el Tribunal en la teoría del riesgo y se rechazaron los agravios de la demandada que para demostrar la interrupción del nexo causal invocó el sobreseimiento en sede penal.

La Cámara sostuvo que no se había acreditado la culpa de la víctima y que las valoraciones referidas a la reprochabilidad penal de la acción del imputado no hacían cosa juzgada en sede civil y no impedían analizar la existencia de responsabilidad patrimonial basada en la responsabilidad objetiva.

Pero primordialmente, deseamos resaltar los fundamentos que conducen al Tribunal

a la declaración de oficio de la inconstitucionalidad del artículo 1078 del CC y que detallaremos a continuación:

*\* La solución legal del art. 1078 del CC no se condice con el criterio de reparación integral del daño:* En este aspecto, la Cámara sostiene que: "... *La limitación del artículo 1078 del C Civil choca con el criterio imperante en materia de daños, "reparación plena e integral de quien ha sufrido un daño injusto" que se encuentra profusamente abonado en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, a partir de la inequívoca normativa; arts. 1068/69, 1071 bis, 1077, 1078 1° parte, 1079, 1080, 1083, 1084, 1109 y sgtes...*".

Es evidente la falta de correlación lógica con todo el sistema de reparación consagrado en el Código Civil y aunque obedece a política legislativa y al temor de que el reconocimiento de la legitimación amplia provoque una catarata de reclamos no por ello deja de ser palmaria la inequidad de la solución adoptada.

Y como ya lo hemos señalado anteriormente es evidente la contradicción lógica con el artículo 1079 del CC que consagra la legitimación amplia para reclamar daño patrimonial. En realidad se trata de una inconsistencia parcial –parcial en los términos de Alf Ross. La inconsistencia parcial– parcial se produce cuando las descripciones de dos normas con soluciones incompatibles se superponen parcialmente, pero ambas tienen ámbitos de referencia autónomos. 2)

*\* El artículo 1078 viola la protección integral de la familia:* Agrega el Tribunal que: "...*Entiendo que el artículo 1078 del Código Civil es inconstitucional toda vez que viola la protección integral de la familia ya que en el mundo de hoy se considera familia aunque las personas no se encuentren unidas por matrimonio...*".

Compartimos esta postura, dado que el derecho no puede estar ausente de la realidad social y se caracteriza, por lo menos en su concepción positivista, por su mutabilidad.

*\* El art. 1078 viola la igualdad ante la ley:* Afirma la Cámara que: "*También se viola la igualdad en la reparación de los daños, la que debe ser integral, toda vez que el artículo 1079 del Código Civil posibilita la legitimación activa a todos los damnificados indirectos con respecto a los daños materiales y el 1078 se limita a algunos legitimados. Esta desigualdad jurídica va en contra del principio de reparación integral (artículo 19 de la Constitución Nacional)...*".

Entonces, la inconsistencia lógica conduce a la desigualdad ante la ley y conlleva admitir que la concubina puede reclamar daños patrimoniales pero no daños

morales. Es decir que no sufre menoscabo en sus derechos extrapatrimoniales, pero sí en su patrimonio, cuando el daño patrimonial en estos casos es de menor relevancia al no existir obligación alimentaria.

Por otra parte toda persona tiene derecho a ser indemnizada cuando sufre un daño injustamente causado a sus derechos extrapatrimoniales, aunque carezca de discernimiento, y negar esa posibilidad a la concubina vulnera el *alterum non laedere* consagrado por nuestra Carta Magna, así como también los principios establecidos en los Tratados Internacionales.

Corresponde en primer lugar resaltar la argumentación justificatoria del fallo de que se trata y enfatizar el avance que representa en la problemática abordada.

La Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, en noviembre de 2004, había iniciado el camino y había reconocido el derecho indemnizatorio de la concubina *con fundamento en los preceptos constitucionales de la protección de la familia* (arts. 14 bis tercer párrafo, Const. Nacional; 17, 27 y concds. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica"; 10 y 23 "Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales" y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"), *igualdad ante la ley* (art. 16 Const. Nacional) y *doctrina emanada del art. 1079 del Código Civil*, en cuanto sienta el principio general de la responsabilidad civil y a su amparo, amplía el espectro de los legitimados para reclamar por daño".

Asimismo, el Juzgado Federal de la Instancia de Concepción del Uruguay el 28 de diciembre de 2004, en los autos: "Ríos María Hortensia por sí y sus hijos menores y otra c/ Mazur, Mario de Jesús y/u otros admitió la indemnización por daño moral de la concubina y sostuvo que: "... *La concubina se encuentra legitimada para accionar por los daños y perjuicios por la muerte de su compañero, estando esa legitimación reglada dentro de los términos del artículo 1079 del Código Civil (Cám. Civ. y Com. de Junín, 20/8/96, M., G. R. y otra c. Transp. El Resero, LLBA, 1996-1140). Sin embargo quedó en el camino el daño moral en caso de muerte. La razón fue la barrera que establece el art.1078 del Código Civil, que habla del daño moral únicamente a los herederos forzosos. A pesar de ello ya muchas veces se alzaron en contra de tal criterio, en el entendimiento de que 'la norma no puede ignorar que si existe convivencia con características de matrimonio, formando una familia, el dolor y la alteración del espíritu al perder al compañero no pueden dejar de producirse'. Por supuesto que, además de esa razón existe una argumentación jurídica, que es la colisión entre lo expresado por el art. 1078 y lo normado por los artículos 1077 y 1079 del Cód. Civil. Si todo daño debe repararse, incluso a los damnificados*

*indirectos, ¿por qué excluir a la concubina? ...".*

A mayor abundamiento, la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala Segunda en los autos: "Hernández María Rosa c/ Witomsky Mario s/daños y perjuicios, el 2 de mayo de 2007 confirmó una sentencia que había reconocido legitimación a la concubina para reclamar el daño moral causado por la muerte de su pareja, entendiendo que el límite dispuesto por el artículo 1078 del CC era la garantía de igualdad ante la ley dispuesta por el art. 16 de la Constitución Nacional.

El fallo que comentamos trascendió esa solución jurídica y concretó el rol judicial de los jueces dinamizando el derecho de daños *al consagrar de oficio la inconstitucionalidad de la norma tan cuestionada por la doctrina y la jurisprudencia.*

En este sentido, la Cámara señala que: *"...la única forma de zanjar la aplicación del artículo 1078 del Código Civil es declarando la inconstitucionalidad de la norma. Ahora bien esta cuestión no ha sido planteada por las partes, participando de la declaración de inconstitucionalidad de oficio..."*.

En ello reside, creemos la relevancia del fallo que demuestra que aún sin la necesaria y proclamada reforma legislativa, los jueces pueden resolver esta problemática teniendo en cuenta los principios de la equidad.

*La legitimación activa para reclamar daño moral según la doctrina nacional y los Proyectos de reforma del CC*

Al respecto, cabe destacar que la doctrina mayoritaria ha manifestado su insatisfacción con la normativa actual, proclamando la necesidad de una modificación que otorgue soluciones más flexibles en materia de legitimación activa por daño moral.

La ampliación de lege ferenda de los legitimados activos para reclamar daño moral ha sido reiteradamente sostenida en forma absolutamente mayoritaria en los más recientes congresos y Jornadas: "II Congreso Internacional de Derecho de Daños", Buenos Aires, 1991, "III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa", 1991; "XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil", San Miguel de Tucumán, 1993, "IV Congreso Internacional de Derecho de Daños", Buenos Aires, 1995.

La recomendación de las Jornadas de San Juan expresó sobre el particular: "Se aconseja ampliar en una futura reforma del Código Civil el ámbito de damnificados indirectos legitimados para reclamar la reparación del daño moral". La suscriben:

Bueres, Pizarro, Zavala de González, Chiapero de Bas, Junyent de Sandoval, Lloveras de Resk y Stiglitz.

En la misma inteligencia, el Proyecto de la Comisión designada por decreto 468/92 en el artículo 1596 establece que: si del hecho dañoso hubiese resultado la muerte de la víctima, están legitimados el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y las personas que convivían con ella al tiempo del hecho".

Asimismo el Proyecto de la Comisión de Legislación General que cuenta con la sanción de la Honorable Cámara de Diputados también propone importantes modificaciones en materia de legitimación activa por daño moral y en el artículo 1078 dispone que si del hecho sobreviene la muerte de la víctima, tendrán acción sus ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos.

Finalmente, el Proyecto de 1998 reconoce la satisfacción del daño extrapatrimonial en los supuestos de gran incapacidad o muerte de la víctima al cónyuge, ascendientes, descendientes y "quienes convivan con ella recibiendo trato familiar ostensible", confiriendo atribuciones a los tribunales para que en casos especiales se reconozca legitimación a otros sujetos, atendiendo a la repercusión del hecho y a la vinculación del reclamante con el damnificado.

#### *La legitimación activa para reclamar daño moral en el derecho comparado:*

En la doctrina y jurisprudencia francesas predomina la concepción amplia que conduce a eliminar todo tipo de barreras. En virtud de ello, la jurisprudencia francesa desde 1954 sostiene que la novia, la concubina o la pupila por la muerte de su tutor, son también titulares de la pretensión resarcitoria por daño moral.

En el Derecho portugués, se reconoce acción al cónyuge no separado y los hijos y otros descendientes, en conjunto, a falta de éstos, a los padres u otros ascendientes y en su caso a los hermanos o sobrinos, hijos de hermanos prefallecidos de la víctima.

#### *Reflexiones finales:*

*Concepto de daño moral:* Alberto Bueres (1984, II Jornadas de Derecho Civil) señala que el daño moral es el menoscabo o pérdida de un bien –en sentido amplio– que irroga una lesión a un interés amparado por el derecho de naturaleza extrapatrimonial. Dicho interés tiene un contenido puramente espiritual.

Los concubinos tienen un interés simple no reprobado por el derecho en el supuesto de muerte de su compañero, que es reconocido en la actualidad por la

jurisprudencia en el ámbito de los daños patrimoniales, pero se les niega la posibilidad de reclamar por el daño ocasionado a sus afecciones legítimas debido a la interpretación inequívoca del art. 1078, lo cual no sólo implica contradicción en el campo jurídico sino inequidad que raya en el absurdo. Y va de suyo que no son razones sentimentales las que se invocan sino de estricta equidad.

El fallo en análisis presenta una correcta argumentación justificatoria con razones explícitas que han sido aducidas para lograr la validez de la decisión (razones propiamente jurídicas o fuentes del derecho, razones interpretativas o parajurídicas, razones fácticas, razones lógicas, axiológicas y técnicas o doctrinarias), pero creemos que su trascendencia esencial es reconocer que ante la falta de equidad del artículo 1078 del CC la única solución es declarar su inconstitucionalidad y hacerlo de oficio en el caso, dado que no había sido planteado por las partes.

Tal como señalara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 327: 3117: "*Según el principio iura novit curia, el juez debe aplicar la norma correcta para decidir la litis, aunque las partes no la hayan impetrado. De enfrentarse ante una norma inconstitucional, así habrá de declarársela, para aplicar la norma adecuada (la Constitución) por sobre la inferior, inconstitucional...*".

Consideramos que este es el iter a seguir en un derecho de daños que prioriza la protección de la persona, mientras se espera la irrenunciable necesidad de la reforma legislativa.

#### *Bibliografía*

RITTO, Graciela. "La legitimación activa para reclamar daño moral". La Ley Buenos Aires, N° 9, Octubre de 2005 – 1049 a 1054.

NINO, Carlos Santiago. "Introducción al análisis del derecho". 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1987.

PIZARRO, Ramón. "La Corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación". La Ley. (2004): 5 – 10.

BUERES, Alberto. "El daño moral y su relación con las lesiones". Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 1, (1994): 237 - 266.

**Partes:** Camargo, Mónica y otro c. Lima, Roberto y otra

**Publicado**

**en:**

**Tribunal:** Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata(C2aCivyComMardelPlata)

26/12/2007

**Fecha:**



---

## HECHOS:

*Un ciclista perdió la vida al ser embestido por un ómnibus. La **concubina** por sí y en representación del hijo de ambos entabla acción resarcitoria contra el conductor del ómnibus y la empresa transportista. El juez de grado hace parcialmente lugar a la demanda. Apelado el fallo, la Cámara confirma el decisorio en lo principal que decide elevando algunos de los montos indemnizatorios otorgados.*

## SUMARIOS:

1. El conductor del ómnibus que embistió a un ciclista cuando intentaba el cruce de una avenida debe responder por los daños del accidente, dado que de acuerdo a lo previsto por el art. 1113 del Código Civil, su responsabilidad se presume y no se han aportado elementos que acrediten que su cruce fue en forma antirreglamentaria.

2. El art. 1078 del Código Civil que limita la legitimación para reclamar la indemnización del daño moral a los herederos forzosos del causante es inconstitucional, por cuanto viola el principio de reparación integral contemplado en el art. 19 de la Constitución Nacional  
[Abrir Jurisprudencia y Doctrina Vinculada](#)

3. A efectos de fijar la indemnización por valor vida por la muerte del **concubino** del reclamante en una acción de daños y perjuicios debe tenerse en cuenta que al no existir obligación legal de efectuar aporte económico tal privación no puede extenderse durante toda la vida laborativa útil del causante, pues ninguna certeza existe de que dicha relación se habría de mantener hasta la muerte.

4. Es procedente elevar el monto que en concepto de daño moral corresponde otorgar a la **concubina** de quien perdió la vida en un accidente de tránsito, pues debe tenerse en cuenta la notoria perturbación anímica que conlleva la pérdida de

la persona con quien la reclamante mantenía dependencia material y afectiva.

5. Debe elevarse el quantum que en concepto de daño moral corresponde otorgar a una menor por la muerte de su padre en un accidente de tránsito, pues debe tenerse en cuenta que se ha visto privada de su progenitor en una etapa decisiva de la vida, en la que la figura paterna ejerce marcada influencia en el desarrollo de la personalidad.

6. El control de inconstitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho, por tanto, según el principio de "iura novit curia", el juez debe aplicar la norma correcta para decidir la litis, aunque las partes no la hayan impetrado y de enfrentarse ante una norma inconstitucional, así habrá de declarársela para aplicar la Constitución Nacional por sobre la norma inferior inconstitucional.

7. La sentencia absolutoria dictada en sede penal, por haber considerado el juez respectivo que no existió negligencia en la conducta del acusado, no acota la actuación del juez civil en cuanto a la apreciación de su eventual responsabilidad patrimonial sustentada en la responsabilidad objetiva.

8. Para que un juez pueda declarar la invalidez de una ley, debe haber siempre una expresa pretensión clara y precisa que obligue a desplazar la aplicación de esa ley por inconstitucional (del voto en disidencia parcial Dr. Monterisi).

#### **TEXTO COMPLETO:**

2ª Instancia.— Mar del Plata, diciembre 26 de 2007.

1ª ¿Es justa la sentencia de fs. 255/272? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión.— La doctora Zampini dijo:

El Señor Juez de Primera Instancia hizo lugar parcialmente a la demanda y en consecuencia condena en forma solidaria a los accionados Roberto Alfredo Lima y Empresa de Transportes General Pueyrredón S.A. conjuntamente con la citada en garantía Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, esta última citada a responder en la medida del seguro, a pagar a la actora Mónica Viviana Camargo y a la menor B. N. C, dentro del plazo de diez días hábiles judiciales contados a partir de que quede firme la sentencia, las sumas totales de Pesos Veinticinco mil a la nombrada en primer término y pesos noventa y cinco mil

a la nombrada en segundo lugar, con más los intereses establecidos por la SCJBA en su ac. N° 43.858, computables sobre los parciales que se mencionan en los considerandos del decisorio y desde las fechas que allí respectivamente se indican hasta el efectivo pago al demandante; a tales efectos, declarándose que los citados considerandos integran en lo pertinente la parte dispositiva de este decisorio. Ello, en concepto de indemnización por la totalidad de los daños y perjuicios reclamados en autos y receptados en sentencia y bajo apercibimiento de ejecución. Se deja constancia que el importe del resarcimiento asignado a la menor B. N. C deberá ser depositado en una cuenta en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, Sucursal Tribunales, a nombre de autos y a la orden de la suscripta, la que sólo podrá disponerse con intervención de la Asesora de Menores, o por la menor llegada a su mayoría de edad.

Impone las costas del juicio a los accionados Roberto Alfredo Lima y Empresa de Transporte General Pueyrredón S.A., y a la citada en garantía Protección Mutual de Seguros de Transporte Público de Pasajeros atento su calidad de vencidos (arts. 36, 68 y concordantes del CPC). Difiere la regulación de los honorarios profesionales correspondientes, hasta que, una vez firme el pronunciamiento, se practique la liquidación de estilo que ha de servir de base regulatoria en el proceso (art. 36 PC y art. 51 de la ley 8904).

Dicho pronunciamiento es apelado a fs. 277 por la parte actora y expresa agravios a fs. 293/296.

Asimismo es apelado por la citada en garantía a fs. 279, quien expresa agravios a fs. 303/311.

También apeló la parte demandada a fs. 282 quien expresa agravios a fs. 314/316.

Los agravios son contestados por la actora a fs. 320/326.

Agravios planteados por la parte actora.

Se agravia de la sentencia de primera instancia en cuanto expresa la apelante que los montos otorgados en los rubros daño moral y valor vida humana oportunamente reclamados son considerados excesivamente bajos.

Manifiesta la apelante que otorgar en sentencia solamente \$ 10.000 para la Sra. Mónica Viviana Camargo y \$ 50.000 a favor de la menor B. N. C, en el rubro daño moral y la escasa suma de \$ 45.000 a favor de la menor B. N. C y la suma de \$ 15.000 a favor de la Sra. Mónica Viviana Camargo en cuanto al rubro valor vida,

entiende que no resulta ni equitativo, ni razonable, ni acorde al principio de reparación integral.

Agravios planteados por la citada en garantía.

Se agravia el apelante en cuanto a la atribución de responsabilidad que realiza el Magistrado a la parte demandada en la producción del hecho ilícito sin meritar acabadamente la conducta de la víctima.

Agrega que de lo resuelto en sede penal, sobreseimiento del Sr. Lima, aplicación del art. 1103 del Código Civil y de la prueba producida se acreditó que el siniestro motivo de autos se produjo como consecuencia del accionar negligente e imprudente de la víctima de entidad suficiente para interrumpir el nexo causal.

Se agravia en segundo término por la cuantía de la indemnización por fallecimiento valor vida y daño moral por considerarlo excesivo.

Agrega en cuanto al daño moral el primer juzgador no expone ni las pautas ni la metodología supuestamente utilizada para arribar a ese excesivo importe.

Agravios planteados por la parte demandada.

Se agravia en cuanto manifiesta que el Juez no ha considerado en lo más mínimo la causa penal al dictar y evaluar sus fundamentos en la sentencia.

Manifiesta que la IPP se encuentra agregada en autos existiendo elementos probatorios más que suficientes y que ingresa como prueba informativa en donde se destacan testimonios, pericias y fundamentos que debieron ser tenidos en cuenta en el momento de dictar sentencia a saber: testimonio de fs. 84/148, pericial de fs. 99/100, resoluciones de fs. 152/154.

Asimismo, se agravia en cuanto el juez dice que la parte demandada no ha demostrado los extremos que permitan tener por cierto que la víctima con su conducta ha quebrantado el nexo causal.

También se agravia respecto del monto fijado por daño moral, agrega que no existe en autos pautas concretas para determinarlo.

Se agravia del monto fijado por valor vida alegando que el a quo yerra en fijar la suma sin tener acreditados los elementos esenciales para fijarla.

Antes de pasar a analizar los agravios traídos en esta instancia pasaré a analizar los

## II. Antecedentes de la causa:

El día 2 de noviembre de 1998, aproximadamente a las 17 hs se produjo un accidente en la Avenida 214, cuando un colectivo de pasajeros marca Mercedes Benz dominio VGR-636 interno 51 de la línea 572 conducido por el Sr. Roberto Alfredo Lima quien circulaba por la Avenida 214 en dirección a la calle Irala de esta ciudad, embistió al conductor de una bicicleta Sr. Ramón Eduardo Chaile quien se disponía a cruzar la Avenida 214 de derecha a izquierda sobre el carril contrario.

Como consecuencia el Sr. Ramón Eduardo Chaile sufrió traumatismo encefalocraneano y fractura de macizo facial que le causaron posteriormente la muerte.

A raíz de ello, la actora promueve en sede civil demanda por daños y perjuicios contra Roberto Alfredo Lima y Empresa de Transportes General Pueyrredón S.A. por la suma de \$ 260.000 con más intereses y costas.

A fs. 45 de la presente causa se presenta el Dr. Roberto Gutiérrez en carácter de apoderado de Transportes Omnibus Gral. Pueyrredón SRL y contesta la demanda que le fuera entablada. A fs. 49 se la tiene por no contestada por extemporánea.

A fs. 52/54 se presenta el codemandado Roberto Alfredo Lima y contesta la demanda solicitando su rechazo con costas.

La demandada coincide en la existencia del hecho, lugar, día y hora, así como vehículos intervinientes, conductores y sentido de circulación que poseían los automóviles, pero difiere en la mecánica del ilícito.

Alega que imprevistamente el ciclista se le cruzó en el camino y se metió debajo del micro. Afirma que el único responsable del siniestro resulta ser la víctima. Que la responsabilidad del art. 1113 del Código civil se interrumpe por el accionar culposo de la víctima. Solicita la citación en garantía de la Sociedad Mutual de Transporte.

A fs. 80/84 se presenta el Dr. Roberto Gutiérrez en carácter de apoderado de Protección Sociedad Mutual de Transporte y contesta la citación en garantía.

Finalmente la Sra. Juez de Primera Instancia dictó sentencia conforme lo expresado en el punto I.

## III. Pasaré a analizar los agravios propuestos:

Agravio de la citada en garantía. Prejudicialidad.

Entiende el apelante que habiendo sido dictado en la causa penal, que se inicio con motivo del mismo hecho que se ventila en estos autos, el sobreseimiento del Sr. Roberto Alfredo Lima con fundamento en que no fue la negligencia o imprudencia del imputado el motivo del suceso, se torna operativo el art. 1103 del Código Civil que impediría que la conclusión a la que arribo el Juez penal pueda ser revisada en sede civil.

En primer lugar, cabe recordar lo preceptado por el artículo 1103 del Código Civil, dicha manda dispone que "...Después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución...".

Ahora bien, corresponde determinar a que alude la noción de "existencia del hecho principal".

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido, señalando que "...la noción de hecho principal a la que alude el art. 1103 del Código Civil se limita a circunstancias fácticas atinentes a la materialidad de los hechos y a la autoría, sin comprender las valoraciones subjetivas que hacen a la apreciación de la culpa..." (CSJN, fallos 319:2336; 316:2824).

Al interpretar el alcance que debe darse a lo dispuesto por el artículo 1103 del Código Civil nuestro Máximo Tribunal Provincial ha resuelto que "...la culpa y la responsabilidad civil son esencialmente distintas en su configuración y en su gradación a la reprochabilidad penal. De allí que pueda indagarse en sede civil sobre esas cuestiones, sin perjuicio de la absolución en el proceso penal. Pues, si de lo que se trata es de determinar si ha mediado una falta o culpa civil que lo responsabilice pecuniariamente, la ausencia del correlativo reproche penal, no lo obsta..." (SCBA Ac. 91.367, en la causa "Bessuejous, Herminio y otro c. B. M. y otros s/Daños y perjuicios" del 12-4-2006; en igual sentido SCBA. Ac. 80.093. en la causa "Pacheco, Mirta Ester c. Bais Luis s/Daños y perjuicios", del 21-12-2005; SCBA. Ac. 88.668. en la causa "Suárez, Gustavo Alejandro c. Felice Julio Eduardo s/daños y perjuicios", del 20/4/2005).

En razón de lo dicho, queda evidenciado que lo que limita al juez civil es el hecho principal como dato fáctico, circunscripto a sus características de tiempo, forma y modo, limitación que no alcanza a las valoraciones que hacen a la apreciación de la culpa (argto. juris. SCBA Ac. 91.367, en la causa "Bessuejous, Herminio y otro c. B. M. y otros s/Daños y perjuicios" del 12/4-2006).

A esta altura del análisis corresponde transcribir los términos en que ha sido dictado el sobreseimiento del Sr. Roberto Alfredo Lima.

A fs. 154/155, de la causa penal adunada a estos autos, el Sr. Juez Penal, al explicitar los motivos que lo llevan a sobreseer al imputado, manifiesta que "...habiéndose arribado a la conclusión que la versión aportada de los hechos realizada por el encartado junto con los restantes elementos de la presente causa, refleja lo sucedido en la realidad, resultando de ello que el motivo del suceso no fue la negligencia o imprudencia en la conducción del colectivo por parte de Roberto Alfredo Lima...".

Resulta indudable que, el magistrado que ha dictado sentencia en sede penal, ha resuelto el sobreseimiento del Sr. Roberto Alfredo Lima con fundamento en la ausencia de reprochabilidad penal del accionar del imputado, la existencia del hecho y la participación en el mismo del Sr. Lima han sido tenidas por ciertas por el juzgador (ver. punto I de los considerandos, en la sentencia dictada a fs. 154/155 de la causa penal).

Siendo que las valoraciones referidas al reprochabilidad penal de la acción del imputado, no hacen cosa juzgada en sede civil y no impiden analizar la existencia de responsabilidad patrimonial sustentada en la responsabilidad objetiva, considero que debe rechazarse el agravio en tratamiento (arts. 1103 y concs. del Código Civil; argto. juris. CC0202 LP 91070 RSD-155-99 S 15-7-1999; CC0103 LP 221385 RSD-161-95 S 4-7-1995; CC0000 TL 9874 RSD-20-18 S 21-3-1991, entre otras).

Agravios planteados por la parte demandada y citada en garantía. Atribución de responsabilidad. Ruptura del nexo causal. Conducta de la víctima. Valoración de la prueba.

Tratándose de un accidente protagonizado por un automotor y una bicicleta, el encuadre jurídico de la acción debe ser examinado a la luz del art. 1113 párrafo segundo del Código Civil.

Es unánime la doctrina y jurisprudencia en sostener que el accionante que pretende la aplicación de la responsabilidad en dicha norma debe acreditar los siguientes presupuestos: a) la existencia del hecho fuente del perjuicio; b) el rol activo de la cosa riesgosa; c) los daños sufridos; y d) la relación casual entre el hecho y el daño (Zavala de González; Matilde; "Responsabilidad por riesgo" 2° Edición, p. 27; Trigo Represas "Régimen Legal aplicable en materia de accidentes de automotores" p. 107 y siguientes).

Tales circunstancias han sido acreditadas en las presentes actuaciones con la demanda, contestación de demanda, testimoniales, pericial (civil y penal), fotografías y demás prueba producida (art. 375 del CPC)

Sentado ello, son los demandados quienes, para eximirse de responsabilidad frente a un factor objetivo de atribución deben acreditar la concurrencia de un elemento ajeno a su actuación —la conducta de la víctima o de un tercero por el cual no deben responder—, y probar que esa participación ha tenido la entidad suficiente para erigirse en causa o concausa del evento dañoso, con aptitud para interrumpir total o parcialmente, el nexo de causalidad entre el hecho y el daño (Beatriz A. Arean "Juicio por accidentes de Tránsito", T. I, p. 458-art. 375 y 384 del CPC; ART. 1113 2° párrafo, segunda parte del Código Civil; SCBA AC. 42.946 del 9/4/1991; Ac. 44.037 de 10/4/1999 entre otras).

Cabe preguntarse entonces, si se encuentra acreditado la interrupción del nexo causal (Galdós, Jorge M. "Derecho de daños en la Suprema Corte de Justicia de Bs. As.", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999; art. 375 y 384 del CPC; art. 1113 2° párrafo, segunda parte del Código Civil; SCBA, Ac. 42.946 del 9/4/1991; Ac. 44:037 del 10/4/1999 entre otras).

Veamos las pruebas producidas:

Previamente diré que en cuanto a la valoración de la prueba cuestionada por la apelante es menester remarcar que los jueces de grado tienen amplias facultades en lo que hace a la apreciación de la prueba y, por lo tanto, la valoración de la misma en general, así como el análisis de la documental y testimonial, o la preferencia de unos testimonios respecto de otros, son típicas cuestiones de hecho privativas de los mismos.

A fs. 129 la testigo Zulema Esther Olazábal, manifiesta que: "...el accidente fue cerca de su casa, en ese momento sale para afuera para mirar los chicos que salen de la escuela, y ve un colectivo que venía por 214, viniendo desde el Regional, no frenó y le abolló toda la parte izquierda al chocar al de la bicicleta...".

Asimismo el Sr. Oscar Roberto manifiesta a fs. 140/141: "...el chofer venía por su carril despacio, y de repente se le cruza este señor en bicicleta en zig zag, y el colectivo trató de esquivarlo y vino el señor y lo chocó al colectivo...".

La testigo Karina Vanesa Córdoba manifiesta: "...el colectivo había arrancado en una parada, venía despacio, y sintió una frenada y un golpe, en eso miró porque iba sentada en el cuarto o quinto asiento de la fila uno, y del que quedó tirado el

muchacho en el piso, cuando miró vio al muchacho que iba cayendo y quedó tirado a la altura de donde la testigo iba sentada...".

El perito mecánico Juan Nicolás Navas en la causa civil a fs. 205/208 dictamina: "...De lo anterior se deduce que la bicicleta se encontraba al momento de ser embestida, tratando de cruzar la avenida 214 desde la derecha hacia la izquierda...".

Asimismo a la pregunta quien ha sido sujeto activo o embestidor y quien embestido responde: "...por lo antes analizado se deduce que en el siniestro en estudio el vehículo embistente es el micro, mientras que el embestido resulta ser la bicicleta..."; "...Que el micro transitaba a una velocidad de 41,53 km/h...".

En igual sentido se expide en el informe pericial obrante a fs. 100 de la causa penal el Sgto. Téc. Sup. en Accidentología Vial Sr. Sergio M. Malbina.

En las periciales obran croquis que pueden ilustrar ubicación de los rodados al momento del impacto (ver también fs. 96/98).

En virtud de lo expuesto considero que si bien el Sr. Oscar Roberto expresa que el ciclista se le cruza al colectivo, dicho testimonio se contrapone con el de la Sra. Zulema Esther Olazábal quien expresa que el colectivo no frenó y le abolló la parte izquierda de la bicicleta.

El testimonio de la Sra. Córdoba no arroja luz, toda vez que manifiesta: "...que una vez que sintió una frenada y un golpe, en eso miró...", surgiendo que no visualiza el momento en que ocurrió el accidente, sino que observó momentos después de la colisión, o al menos nada manifiesta al respecto.

Por lo tanto dichos testimonios no brindan certeza por lo que entiendo en consecuencia que deben descartarse como elemento probatorio en cuanto hace a la conducta de la víctima (art 365 y 384 del CPC).

De la prueba analizada surge que la víctima trataba de cruzar la Avenida 214 desde la derecha hacia la izquierda, siendo embestida en ese momento por el conductor del ómnibus de pasajeros (Sr. Lima).

Por otro lado, no existen elementos probatorios que generen convicción respecto de las manifestaciones de la citada en garantía en cuanto expresa que el ciclista cruzó la Avenida en forma antirreglamentaria (contramano ver fs. 82).

Sentado ello, concluyo que del análisis de las constancias de autos, no existen

elementos probatorios que permitan determinar que se ha producido la ruptura del nexo causal.

Por lo expuesto corresponde rechazar el agravio traído a esta instancia por las demandadas (arts. 375 y 384; 421; 456; 474 ,494 del CPC; 1113 2° Párrafo 2° parte del Código Civil; jurisprudencia y doctrina citada).

Daño moral: legitimación de la **concubina**.

De la demanda, así como de las pruebas producidas en autos (testimoniales de fs 190/191., certificado de nacimiento de fs. 4) surge que la Sra. Mónica Camargo mantenía una unión aparente de matrimonio con el Sr. Ramón Edgardo Chaile teniendo un hijo en común.

El artículo 1078 del Código Civil señala "la obligación de resarcir el daño por los actos ilícitos comprende, además de pérdidas e intereses la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima". La acción por indemnización del daño moral solo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".

Conforme lo expuesto tenemos que preguntarnos si es posible otorgar la indemnización en concepto de daño moral a la señora Mónica Camargo, quien con la víctima mantenía una unión de hecho.

No podemos desconocer que hoy las familias se constituyen no solamente con el vínculo matrimonial sino que existen otras formas de familias, las uniparentales, familias ensambladas, familias homosexuales, y también uniones de hecho como es el caso de autos.

Siguiendo la norma no sería posible otorgar daño moral en el supuesto de autos porque cuando se habla de herederos forzosos debemos remitirnos al art. 3592 y concordantes del Código Civil.

Señala Bueres que "en el daño moral hay una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de las capacidades de entender, de querer y de sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial" (Bueres Alberto J. "Derecho de Daños", Ed. Hammurabi, Bs. As. 2001, p. 306).

Asimismo, el Máximo Tribunal Provincial ha expresado que el daño moral "es la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre como son la paz, la libertad, la tranquilidad, el honor y los más

sagrados afectos. Mediante la indemnización del mismo, se reparan las lesiones sufridas en los derechos extrapatrimoniales, en los sentimientos que determinan dolor, inquietud espiritual y agravio a la paz" (SCBA Ac. 57.531 del 16/2/99).

Por otra parte, la limitación del art. 1078 del C. Civil choca con el criterio imperante en materia de daños "reparación plena e integral de quien ha sufrido un daño injusto" que se encuentra profusamente abonado en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, a partir de la inequívoca normativa; arts. 1068/9, 1071 bis, 1077, 1078 1° parte, 1079, 1080, 1083, 1084, 1109 y sigtes. y concs. del Cód. Civil; tampoco puede llegarse al extremo de desconocer el dolor de quien, al igual que el cónyuge supérstite, también ha visto zozobrar su patrimonio espiritual, con clara afección de los valores de paz, seguridad, tranquilidad, justicia. (argto. esta Sala, causa N° 127.706 RSD-750-4 del 23/11/04).

"La jurisprudencia ha reconocido paulatinamente el "status" a personas unidas de hecho en relación al reclamo del daño sufrido a consecuencia de la muerte del conviviente, tanto sea a título indemnizatorio, como previsional, y en cuanto a extensión de la obra social, derecho a continuar la locación de la vivienda, etc." (SCBA, Ac. 79.161 del 7/5/2003).

"La Cámara Nacional Civil sostuvo la legitimación de la **concubina** para reclamar la lesión psíquica, por constituir una especie de incapacidad sobreviniente, entendiéndose desde la esfera de la doctrina, que con ello no se ha hecho más que reconocer una solución axiológicamente valiosa; el derecho de la nombrada a un resarcimiento por daño moral" (argto. Sala J. dic. 11/97, comentado en LA LEY, p. 6).

"Debe buscarse un análisis de compatibilidad y armonización entre el texto de la ley y los derechos reconocidos en la Carta Magna. Para cumplir ese cometido, se ha de buscar una interpretación "valiosa" que atienda a la realidad del precepto y a la voluntad del legislador, en función integradora de esa ley con el ordenamiento jurídico restante y los principios y garantías de la Constitución Nacional y Provincial, reparando en su razonabilidad e inteligencia" (del voto del Dr. Galdós, en fallo plenario de la Cám. Apelaciones de Azul, "Credi Paz S.A. c. Foulkes Mariana s/ejecución, del 22/11/2000, pub. en Boletín Judicial N° 24.437; 24.438; 24.439; 24.440).

"En virtud de todo lo expuesto, considero que la solución dada por la norma sustantiva resulta disvaliosa, pues priva de la indemnización a quien, en un nexo causal con el obrar ilícito imputado al demandado, da muestras de un menoscabo

espiritual, atentando contra la noción de familia, que conceptualmente excede a la constituida desde bases matrimoniales, que comprende también a la que, originada en una unión de hecho, esto es, sin estar constituida legalmente, funciona como tal en la sociedad" (Bossert, G., ob. cit.; Bossert-Zannoni "Manual de derecho de familia", N° 2, p. 5 y sigtes.; Grosman, C. P. "Alimentos a los hijos y Derechos Humanos", Ed. Universitaria, p. 161).

"Cabe determinar que la limitación contemplada en el art. 1078 del Cód. Civil resulta inaplicable en el particular, por ser lesivo de derechos fundamentales y garantías de raigambre constitucional, como lo son la protección integral de la familia y la igualdad ante la ley, en la certidumbre de que la muerte del compañero ha conculcado en la **concubina** un derecho legítimo, proveniente de su emplazamiento existencial y suficientemente acreditado a partir de la relación estable y prolongada mantenida con la víctima".

También la legislación ha abierto un camino donde se reconoce a la conviviente legitimación para determinadas acciones.

Veamos:

El art. 15 de la ley 24.193 actualizada por la ley 26.066 y 25.281 (ley de trasplantes de órganos y material anatómico) señala que "sólo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho años, quien podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona que, sin ser su cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Este lapso se reducirá a dos años si de dicha relación hubieren nacido hijos".

El art. 4 de la ley 24.411 (desaparición forzada de personas o fallecimiento como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas, es aplicable a las uniones matrimoniales de hecho).

Indemnizaciones por infortunios laborales que causen fallecimiento del **concubino**.

También se ha reconocido el derecho a pensión en materia previsional y en materia de locaciones (art. 15 inc. b de la ley 21.342 y art. 9 de la ley 23.091).

Es necesario que una futura reforma del Código Civil se amplíe la legitimación activa para reclamar daño moral.

Así se ha sostenido en el "II Congreso Internacional de Daños", Buenos Aires, 1991, "III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa", 1991; "XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil", San Miguel de Tucumán, 1993, "IV Congreso Internacional de Derecho de Daños", Buenos Aires, 1995. También en la recomendación de las jornadas de San Juan. El Proyecto de la comisión designada por decreto 468/92 ADLA, LI/B 1641, en el artículo 1596 establece que si del hecho dañoso hubiese resultado la muerte de la víctima están legitimados el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y las personas que convivían con ella al tiempo del hecho. En el mismo sentido se reconoce en el Proyecto de 1998.

En el derecho comparado también se admite el daño no patrimonial otorgando legitimación activa a favor de la parte damnificada por el delito. Tal como surge del artículo 1382 del Código Civil francés, en el derecho portugués y tanto la jurisprudencia italiana como francesa han admitido la legitimación activa de la conviviente (Tanzi, Silvia y Humphreys, Ethel, "Daño moral y concubinato. Legitimación para su reclamo", LLBA, octubre 2005; Ritto Graciela B., "La legitimación activa para reclamar daño moral", LLBA, marzo 2005; Aranguren Beatriz E. "Daño moral a favor de la **concubina**. Avances jurisprudenciales, LLLitoral, marzo 2006; Ramón Pizarro "La Corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación", Sup. Especial La Ley, septiembre 2004).

Si bien he acompañado al distinguido colega Dr. Rafael Felipe Oteriño en su voto en los autos "Rodrigo Sandra C. Bustos Esteban s. Daños y perjuicios" (dictado por esta Sala el 23/11/2004), un nuevo estudio de la cuestión me llevan a decir que la única forma de zanjar la aplicación del artículo 1078 del Código Civil es declarando la inconstitucionalidad de la norma.

Ahora bien esta cuestión no ha sido planteada por las partes, participando de la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

Precisamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los autos "Mill de Pereyra y otros contra Provincia de Corrientes" modifica la tesis tradicional y permite que pueda declararse de oficio la inconstitucionalidad de una norma (27 de septiembre de 2001).

En el año 2004 la Corte Suprema de Justicia en los autos: "Banco Comercial de Finanzas S.A." (Fallos, 327:3117) siguió el mismo criterio sustentado oportunamente.

Se concluyó allí: "a) El control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de

derecho. Por tanto, según el principio *iura novit curia*, el juez debe aplicar la norma correcta para decidir la litis, aunque las partes no la hayan impetrado. De enfrentarse ante una norma inconstitucional, así habrá de declarársela, para aplicar la norma adecuada (la Constitución) por sobre la inferior, inconstitucional. b) No hay peligro de desequilibrio de poderes si el Judicial inaplica por sí la norma inconstitucional, porque no se advierte cómo no hay desequilibrio si se realiza petición de parte, y por qué lo hay si se efectiviza sin esa solicitud. c) La presunción de validez de las leyes es "*iuris tantum*", y cede cuando el tribunal detecta que ellas son inconstitucionales. d) la declaración de inconstitucionalidad de oficio no afecta el derecho de defensa en juicio, del mismo modo que ello no se produce cuando un tribunal aplica un precepto no alegado por algún litigante" ( Estudios de Derecho Procesal Constitucional –IV-Director: Julio B. J. Maier: " Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos", Néstor Pedro Sagüés, p. 102).

Entiendo que el artículo 1078 del Código Civil es inconstitucional toda vez que viola la protección integral de la familia ya que en el mundo de hoy se considera familia aunque las personas no se encuentren unidas por matrimonio.

También se viola la igualdad en la reparación de los daños, la que debe ser integral, toda vez que el artículo 1079 del Código Civil posibilita la legitimación activa a todos los damnificados indirectos con respecto a los daños materiales y el artículo 1078 se limita a algunos legitimados.

Esta desigualdad jurídica va contra el principio de reparación integral (artículo 19 de la Constitución Nacional).

Cabe preguntarse como se puede mantener esta diferencia en que se admite que la **concubina** pueda reclamar daños materiales y no los daños espirituales propios de la afectividad y de la unión que mantienen los **concubinos** máxime a las edades que tenía esta pareja donde el compañerismo y la ayuda es la base del afecto (Zabala de González Matilde, "Indemnización del Daño moral por muerte, ps. 428 y siguientes; Mayo "Sobre la legitimación activa para reclamar daño moral publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros 2004-41 y siguientes).

En realidad hoy la concepción moderna del derecho de daños señala que la reparación debe ser integral, hace hincapié en el daño injusto, y enfatiza en el hecho de que no existe el deber de no causar un daño, sino de causar un daño injusto (Giovanna Visintini, "Daño a la persona", "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", octubre de 2005, ps. 1/7).

En situaciones similares, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Aquino, Isacio c. Cargos Servicios Industriales S.A." ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 39 inc. 1 de la ley de riesgos de trabajo 24.557 (Adla, LV-E, 5865 Zabala de González Matilde, "Indemnización del Daño moral por muerte, ps. 131 y siguientes).

En "Santa Colona, Luis F. Y otros c. Ferrocarriles Argentinos" (Fallos 308:1160 y JA, 1986-IV-625) se dice: "la sentencia apelada lesiona el principio "alterum non laedere" que tiene raíz constitucional (art. 19, Ley Fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el Tribunal dentro del de sus atribuciones en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna" (consid. 7°).

En "Gunther, Fernando c. Gobierno Nacional" (Fallos, 308:1160 y JA, 2000-IV-17) y en "Lujan" (Fallos, 308:1109) la Corte reconoció expresamente que el derecho a la reparación del daño tiene jerarquía constitucional con sustento también en el artículo 19 de la Constitución Nacional. (Pizarro, Ramón D., publicado en Sup. Especial La ley 2004 —septiembre— La Corte consolida la Jerarquía Constitucional del Derecho a la reparación. Primeras reflexiones a un fallo trascendente y a sus posibles proyecciones futuras).

Esto fue sustentado también en los autos "P.F.F.C. Ferrocarriles Argentinos" y "Peon, Juan D. Y otra c. Centro Médico del Sud S.A" (LA LEY, 1998-D, 596; 2000/08/09, p. 8 y JA, 2000-IV-17), donde la Corte proclamó que el principio constitucional de la reparación debe ser integral (conf. Mosset Iturraspe, "Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios de origen legal respecto de los daños injustos-violatorios de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales (Revista de Derecho de Daños, 2001-1, p. 125 y sigtes., en esp. p. 129).

Sentado ello, y siendo legitimada la **concubina** para reclamar el daño moral por la muerte de su compañero corresponde analizar la cuantificación.

Al cuantificar el resarcimiento el Sr. Juez de Primera Instancia atendió a la gravitación que el hecho produjo en la actora. Ello exige la prolija meritación de las circunstancias del caso, a fin de esclarecer cómo y en que medida el hecho ha repercutido en los intereses de la perjudicada.

Este Tribunal de Alzada sostuvo que cuando el daño moral es ocasionado por la muerte de un ser querido, debe ser objeto de especial ponderación los siguientes

factores: los sufrimientos por la muerte irremediable, la desdicha por la muerte prematura, el dolor por la impotencia frente a la realidad del hecho producido, la ausencia de la persona, etc. (argto. Sala I, causa N° 103.438 RSD-21-98 del 12/2/98; pub LA LEY, 1999-351).

En el caso de autos resulta notorio el sufrimiento padecido por los reclamantes, y la notoria perturbación anímica que provoca y que conllevan a miedos, angustias, dolor, tras agonizar el Sr. Ramón Eduardo (de 35 años de edad) 46 días en terapia intensiva para luego terminar en la muerte de la persona con quien la reclamante mantenía dependencia material y afectiva.

Tales circunstancias resultan acreditadas con la documentación agregada a los autos: la causa penal. Y en especial: testimoniales de fs. 132, 190/191; historia clínica obrante a fs. 66/82 de la causa penal. Documental obrante a fs. 4/6.

En cuanto a la menor, dada la estrechez del vínculo biológico y espiritual que liga al progenitor con el hijo, cabe aceptar, la lesión a las legítimas afecciones de éste en caso de muerte de aquel: "El deceso de un padre produce —n re ipsa— la afectación profunda de los más íntimos sentimientos, quedando en consecuencia demostrado el daño moral por el solo hecho de la acción antijurídica". (Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de Daños" Tomo 2b, "Resarcimiento de las personas. Pérdida de la vida humana", Editorial Hammurabi, p. 218.

La pequeña se vio privada de su progenitor en una etapa decisiva de su vida (2 años de edad), durante la cual la figura paterna ejerce marcada influencia en el desarrollo de la personalidad. (CNEsp. Civ. y Com., Sala 4ª 25/10/83, JA, 1984-I-síntesis).

El daño moral se magnifica cuanto más joven es el hijo, no sólo por un mero factor cronológico, sino porque a la mutilación del ser depositario del afecto filial se agrega la pérdida de alguien destinado a ser guía, educador, sostén y consuelo en un desenvolvimiento personal en ciernes (Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de Daños" Tomo 2b, "Resarcimiento de las personas. Pérdida de la vida humana", Editorial Hammurabi, p. 220).

Ahora bien, la citada en garantía cuestiona la cuantía indemnizatoria fijada por este parcial haciendo hincapié en cuento manifiesta que el primer juzgador no expone ni las pautas ni la metodología supuestamente utilizada para arribar a ese excesivo importe, mientras que la demandada agrega que no existe en autos pautas concretas para determinarlo.

Adelanto que el agravio no puede prosperar, pues para determinar el presente rubro se ha tenido en cuenta tanto las circunstancias objetivas, como subjetivas, circunstancias personales de la víctima y reclamantes más arriba como lo expresé en su oportunidad que sirven de pautas para la determinación del rubro.

Teniendo en cuenta las pautas señaladas se fija el monto en la suma para la Sra. Mónica Camargo en la suma de pesos veinte mil (\$ 20.000 y pesos \$ 60.000 respecto de la menor B. N. C, modificándose el rubro traído a esta instancia.

Agravio actora y demandadas. Rubro valor vida.

En orden al valor vida, la conviviente del occiso es una damnificada indirecta y encuentra base legal para su reclamo en el art. 1079 del Código Civil.

Se trata aquí de la lesión a un simple interés donde la certidumbre del daño debe juzgarse en función de circunstancias fácticas, y no de un interés jurídicamente protegido que depende estrictamente de pautas normativas. (CC0002 SM, 49909, RSD-336-1, S, 25/9/2001. "Mena, Clementina c. Varese, Gabriel M. y/o propietario y otro s/Daños y Perjuicios").

Nuestro Máximo Tribunal de Provincia ha expresado que: "No puede afirmarse, razonablemente, que la vida humana constituya por sí un valor económico, pues nada tiene ese valor por sí mismo, sino solamente por sus posibilidades de cambio o de uso o su aptitud para producir beneficios económicos" (SCBA AC. N° 42.786 del 21/5/1991 "Coñequir de Suturba Alicia c. Martínez Rolando s. Daños y Perjuicios entre otros.

En este sentido, Zavala de González sostiene que "El objeto resarcitorio en el supuesto de muerte no reside directamente en el valor de la vida mutilada, sino en las específicas pérdidas espirituales o económicas que los sobrevivientes experimentan a raíz de la muerte" (autora citada en "Resarcimiento de Daños" Tomo II, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1993, p. 457).

Así de lo expuesto a efectos de determinar el presente rubro debe considerarse con relación a la víctima, su edad, labor que desarrollaba, instrucción, posición económico-social, vida útil probable, etc., sin sujetarse a porcentajes matemáticos, apreciando también la situación de quien reclama la indemnización (arts. 1084, 1085 y concs., C. Civil; CC0203 LP, B 70307, RSD-14-91, S, 21/2/1991, "Mardarás, Daniel Edgardo c. Medina, Juan Carlos y otros s/Daños y Perjuicios"; Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de Daños" T° 2b "Daños a las

Personas-Pérdida de la vida humana" ; Editorial Hammurabi, p.33/55).

Veamos la prueba producida a fin de determinar tales circunstancias:

A fs. 4 obra certificado de nacimiento de la hija de la víctima B. N. C.

De la testimonial de fs. 132 la Sra. Nivia Yolanda Paz contesta a la pregunta: "...donde trabajaba el Sr. Chaile: en el mercado de abasto..."; "tiene tres nenas...de ahora de siete años cree, y las otras dos una de dieciocho, y la otra de quince..."; asimismo a la pregunta cuarta si el Sr. Chaile era sostén de la familia contesta que: "si era el sostén de la familia...".

La testigo Felipa Azucena Lencina manifiesta: "...era ex combatiente de Malvinas..."; "...Vive en una casa muy humilde, cría a sus tres hijos...".

A fs. 191 el Sr. Estaban Modesto Acosta expresa: "Vive en un barrio muy humilde..."; "Yo era compañero de trabajo en el mercado de abasto...".

A fs. 222 obra oficio donde se informa que el Sr. Chaile trabajaba como "changarín" en el mercado de abasto.

De las constancias de autos surge que la víctima era una persona de sexo masculino de 35 años de edad, de condición humilde (ver demanda, contestación de demanda, testimoniales, causa penal).

Surge de los elementos probatorios la relación concubinal entre el occiso y la actora, como también que tenían una hija en común, que el Sr. Ramón Edgardo Chaile trabajaba en el mercado de abasto y que era sostén del grupo familiar. Por lo tanto el daño susceptible de apreciación pecuniaria consiste aquí en la pérdida de ese aporte para los reclamantes.

Ahora bien, respecto de la **concubina** es preciso destacar que, al no haber obligación legal de hacerlo (el aporte mencionado), esa privación no se puede extender en el tiempo durante toda la vida laborativa útil del causante, pues ninguna certeza existe acerca de que esa relación se habría de mantener hasta la muerte de uno de los **concubinos**. Es cierto que tampoco en el matrimonio existe esa certeza, pero la diferencia radica en que en éste la obligación alimentaria subsiste aun después de disuelto (arts. 207 y sgts., 217 y 218 Cód. Civ.), lo que no ocurre en el concubinato, donde incluso estando vigente, el aporte alimentario es siempre voluntario, careciendo de acción la **concubina** para reclamarlo para sí (CC0002 SM, 49909, RSD-336-1, S, 25/9/2001, "Mena, Clementina c. Varese, Gabriel M. y/o propietario y otro s/Daños y Perjuicios").

Respecto de su hija menor ha de tenerse en cuenta a los efectos de determinar el monto del presente rubro indemnizatorio, la edad de B. N. C, que al momento del deceso contaba con 2 años de edad, siendo que corresponde obligación alimentaria hasta los 21 años de edad.

En virtud de lo expuesto entiendo que resulta equitativo y razonable el monto fijado por el Juez de Primera Instancia para la Sra. Mónica Camargo en \$ 25.000 y \$ 50.000 para la menor B. N. C.

Atento los argumentos manifestados se rechaza el agravio traído a esta instancia por las demandadas.

Así lo voto.

El doctor Loustaunau votó en igual sentido.

El doctor Monterisi dijo:

Adhiero a la opinión de la Sra. Jueza que lleva la voz en el acuerdo.

Asimismo me permito hacer unas observaciones en relación con el ejercicio del control de constitucionalidad ex officio, que ha motivado a la Señora Jueza a inaplicar el art. 1078 del Digesto Civil.

Debo expresar mi adhesión a esta tesis, que "nuestro intérprete supremo de la Constitución" ha adoptado a partir del leading case "Mill de Pereyra" (Fallos 190:142), en el que solo se habilitaba al órgano judicial a declarar la inconstitucionalidad de una norma a pedido de parte interesada. La postura permisiva ha sido ratificada en el año 2004 con el fallo dictado "in re": "Banco de Comercial de Finanzas S.A" del 19/08/2004, y sus posteriores "Lapadu" del 23/12/2004 y "Simón" del 14/06/2005, entre otros; y que la Casación Bonaerense ha convalidado a partir del caso "Zaniratto" (L.83.781) del 22/12/2004.

Sin embargo, —como bien señalan Morello y Rosales Cuello— hay que poner sobre el tapete que el ejercicio de esta potestad judicial debe ser llevada a cabo, tal como lo han propiciado sus impulsores en la Corte Federal, con sumo equilibrio, moderación y prudencia y en línea con las reglas que rigen para declarar la invalidez de toda norma (DJ, 2004-3, p. 676).

No dejará de ser útil, sobre este particular, recordar que tal control no puede hacerse fuera de un "caso contencioso", "asunto o litigio judicial, entendido como "controversia" entre partes que respectivamente afirmen o contradigan sus

pretendidos derechos (Fallos 210:897 y 1048; 243:176; 273:109); y tampoco puede llevarse a cabo a expensas de los principios constitucionales del proceso. Uno de ellos, como consecuencia de la disponibilidad de la pretensión, es la congruencia (art. 18 CN). Ello quiere decir que para que el Juez pueda declarar la invalidez de una ley, debe haber siempre una expresa pretensión de una parte que lo obligue, para hacerle lugar, a desplazar la aplicación de esa ley por inconstitucional. Lo único que ha variado, respecto a la postura anterior —que no admitía la declaración de oficio— es que no se requiere un planteo formal —o un acápite aparte o específico— en el cual se impugne a una norma de inconstitucionalidad y se fundamente el porqué de esa inconstitucionalidad (esas constituyen cuestiones jurídicas que el juez por sí sólo puede desarrollar). Ahora, debe quedar claro, —y perdóneseme la hipérbole— que ello no exime a la parte interesada de ejercer una pretensión clara y precisa que obligue a desplazar la norma pertinente.

Así lo voto.

2ª cuestión.— La doctora Zampini dijo:

Corresponde: I) Confirmar la sentencia de primera instancia en materia de responsabilidad del ilícito en cuanto ha sido materia de apelación por la demandada y citada en garantía. II) Modificar los rubros indemnizatorios apelados por la actora, demandada y citada en garantía, por lo tanto propongo fijar por el rubro daño moral la suma de pesos veinte mil (\$ 20.000) para la Sra. Mónica Camargo y de pesos sesenta mil (\$ 60.000) para la menor B. N. C. Modificar el rubro valor vida en la suma de pesos veinticinco mil (\$ 25.000) para la Sra. Mónica Camargo y de pesos cincuenta mil (\$ 50.000) para la menor B. N. C. III) Imponer las costas a las demandadas vencidas (art. 68 del CPC). IV) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904).

Así lo voto.

Los doctores Loustaunau y Monterisi votaron en el mismo sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente sentencia:

Por los fundamentos consignados en el precedente acuerdo: I) Se confirma la sentencia de primera instancia en materia de responsabilidad del ilícito en cuanto ha sido materia de apelación por la demandada y citada en garantía. II) Se modifican los rubros indemnizatorios apelados por la actora, demandada y citada en

garantía, por lo tanto se fija por el rubro daño moral la suma de pesos veinte mil (\$ 20.000) para la Sra. Mónica Camargo y de pesos sesenta mil (\$ 60.000) para la menor B. N. C. Se modifica el rubro valor vida el que se fija en la suma de pesos veinticinco mil (\$ 25.000) para la Sra. Mónica Camargo y de pesos cincuenta mil (\$ 50.000) para la menor B. N. C. III) Se imponen las costas a las demandadas vencidas (art. 68 del CPC). IV) Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del CPC). Devuélvase. — Nélide Isabel Zampini. — Roberto Loustaunau. — Ricardo Monterisi.



© La Ley S.A. 2008

## **La legitimación activa para reclamar daño moral de los damnificados**

### **Indirectos en la hipótesis de supervivencia de la víctima:**

Hemos tratado la temática de los damnificados indirectos para reclamar daño moral, en la hipótesis de muerte de la víctima, cuando no son herederos forzosos, tomando como paradigma, el caso de los concubinos, que por cierto no es el único.

En el supuesto del concubinato, el fallo de la Cámara 2 a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata que hemos comentado ha marcado un hito, al declarar que el artículo 1078 del Código Civil que limita la legitimación para reclamar la indemnización del daño moral a los herederos forzosos del causante es inconstitucional, por cuanto viola el principio de reparación integral contemplado por el art. 19 de la Constitución Nacional.

Hemos resaltado la postura de la Cámara al declarar que: la única forma de zanjar la aplicación del artículo 1078 actual es declarando la inconstitucionalidad de la norma.

Ahora bien y en rigor de verdad, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ya había declarado la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC en los autos “L.A. C y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro” del 16 de mayo de 2007, en el marco de la supervivencia de la víctima, reconociendo el derecho a resarcimiento de sus progenitores por daño moral.

Hemos reservado el estudio de dicho materia para este momento, a pesar de haber sido cronológicamente anterior, porque quisimos abordar en primer lugar el caso de los damnificados indirectos en el supuesto de muerte de la víctima, para ahora profundizar la cuestión de dichos damnificados cuando media supervivencia del lesionado.

Para ser estrictos, también es cierto que el primer fallo que admitió la legitimación activa para petitionar agravio moral por parte del concubinario fue de fecha 23 de noviembre de 2004 (Cámara 2 a Civ y Com de Mar del Plata, que anteriormente hemos comentado), y aunque no planteó la inconstitucionalidad de la norma que nos ocupa, fue la primera expresión jurisprudencial que admitió la insuficiencia de la legislación actual en el tema.

Nuestra hipótesis, que ahora intentaremos revalidar sostiene que:

*“Todo damnificado indirecto que acredite haber sufrido una lesión a un interés legítimo o a un interés simple de naturaleza extrapatrimonial, está legitimado para reclamar daño moral cuando del hecho ilícito no haya derivado la muerte de la víctima”.*

De conformidad con la letra del artículo 1078 del CC, si la víctima sobrevive al hecho lesivo de su integridad física, sólo ella podrá accionar por el daño moral que el accidente genera, invocando su propio perjuicio espiritual.

Tal como lo señala Zavala de González (en 1993, 648) queda eliminada la legitimación de los damnificados indirectos o personas diferentes de la víctima inmediata de las lesiones, inclusive en supuestos de innegable sufrimiento espiritual y aún cuando éste pueda ser todavía más hondo que la del herido o incapacitado...Hay pues una clara y tajante diferencia entre el daño patrimonial y el moral: en el primero se admite el derecho resarcitorio de todos los damnificados indirectos, y no así en el segundo: la acción sólo compete al damnificado directo con la única excepción del homicidio...”.

La jurista afirma luego que lo que no puede ignorarse es que el art. 1078 no introduce excepción alguna a la restricción de la titularidad de la acción al damnificado directo cuando éste sobrevive al suceso, y el estado de vida vegetativa es vida mutilada en su contenido, meramente orgánica, pero vida al fin.

Entonces concluye que igualmente se configura un perjuicio moral resarcible, aunque por la situación del damnificado directo, imposibilitado para actuar por sí mismo, la acción pertinente deberá ser promovida por quienes lo representen.

Por lo que el daño moral de las personas de las personas sin discernimiento, también encuadra o está limitado por la restricción del art. 1078.

Enfatiza la prestigiosa doctrinaria que el damnificado indirecto no intenta la acción en lugar del directo sino que alega un perjuicio propio y personal (aunque sea reflejo o mediato) y es titular de una acción autónoma que eventualmente es acumulable a la del damnificado directo.

Y en lo que concierne a la tesis negativa del daño en las personas sin discernimiento consideramos que parte de un concepto de daño moral que se basa en su exteriorización, es decir en las consecuencias de la acción lesiva y en la comprensión de las mismas, dejando de lado la transgresión misma, la lesión a un interés jurídico espiritual o extrapatrimonial que tiene que ser reparado a tenor de su contenido estrictamente subjetivo.

Y lo cierto es que, para ser víctima de daño moral no se requiere discernimiento en el sentido del art. 900 del CC como requisito de un hecho voluntario porque el discernimiento se vincula con la persona considerada como agente y se limita a la esfera intelectual y el daño moral afecta a un sujeto pasivo, víctima del obrar ajeno y afecta su esfera espiritual.

Para los que niegan la existencia del daño moral en las personas sin discernimiento, va de suyo que al no existir dicho menoscabo, no sería alcanzado dicho escenario por el art. 1078 y sus restricciones en materia de legitimación activa.

En la tesis negatoria, Orgaz sostiene la imposibilidad de indemnizar a los niños y a los dementes el daño moral, pues a su juicio, ni unos ni otros perciben penurias de esta índole.

El notable doctrinario santafesino, Mosset Iturraspe, al tratar la cuestión del damnificado directo se pregunta (en 1999, 245) si todas las personas pueden sufrir el daño moral, y por ende accionar en reparación, o sólo ciertas personas, por la madurez de su discernimiento, la plenitud de sus facultades de entender, querer o sentir y se inclina a pensar que el sufrimiento psíquico y espiritual acompaña a todas las personas, aún a las de corta edad y a los ancianos que padecen de reblandecimiento cerebral, y aún a los privados de razón, de manera permanente o transitoria y aunque el sufrimiento fuera dudoso piensa que es justo estar por la afirmativa.

Recuerda, entonces que nuestro ordenamiento no soluciona estas cuestiones y se limita a acordar la acción al damnificado directo en materia de actos ilícitos y al contratante insatisfecho, en el ámbito del incumplimiento obligacional.

Zannoni, (en 1993, 366) explica que el resarcimiento, en estos casos, no debe considerarse como la reparación de un modo de sentir el agravio sino como resarcimiento objetivo de un bien jurídico que también se le atribuye a los incapaces.

La concepción objetiva del daño moral a la que adherimos ab initio es la que nos conduce al reconocimiento del mismo en las personas sin discernimiento, que tienen intereses espirituales, independientemente de su incapacidad transitoria o permanente.

Recientemente, un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones, Sala F, otorgó daño moral a la hija menor (de 22 días) que siendo trasladada en un cochecito por su madre, al momento de cruzar la calle y ya sobre la vereda fue embestida por un rodado, quedando ambas víctimas debajo del mismo. (DJ, 2008 – II, 947).

En dicho fallo, que comentaremos in extenso más adelante, se sostuvo que: "...La falta de comprensión del dolor propio y de su origen, en modo alguno pueden ser tomados en consideración para excluir su existencia, toda vez que

la pena y la angustia padecidas no son sino formas posibles de exteriorización del daño moral, pero no hacen a su esencia, máxime cuando éste se configura con el sólo disvalor subjetivo producido, determinado por la comparación entre la situación que la víctima tenía antes y después del hecho dañoso...”.

A mayor abundamiento, y en lo vinculado a la restricción impuesta por el 1078 del CC, la doctora Zavala de González (en 1993, 654) resalta que los damnificados indirectos tienen legitimación o no la tienen, pero ello no depende de la actuación de una reclamación de la víctima inmediata, ya que el daño que pueda sufrir cada uno es personal y distinto, aunque parta de la misma situación objetiva.

En la misma postura doctrinaria, los doctores Ghuersi y Weingarten (en 2008, 243) sostienen que la estricta literalidad en la interpretación de la norma que nos ocupa conduciría a soluciones ciertamente injustas y enuncian los siguientes ejemplos que reproduciremos textualmente, por compartir totalmente las hipótesis que enuncian:

- a) El cónyuge de quien resulta ser damnificada directa en un accidente no podría, en este esquema, ser indemnizada por daño moral, ya que ello encuentra una valla insalvable en texto legal.
- b) La pretensión de los padres de la víctima inmediata del hecho de que se les indemnice por el perjuicio espiritual sufrido a raíz del ataque contra la integridad física de ésta – si bien resulta equitativa – enfrenta el mismo escollo legal insalvable, salvo el caso de homicidio, la titularidad resarcitoria del daño moral sólo se acuerda al damnificado directo y tratándose de lesiones que no desembocan en la desaparición del afectado, sólo es damnificado directo el propio lesionado.
- c) Los padres no pueden reclamar indemnización por derecho propio y en concepto de daño moral cuando recurren en representación del menor, reconociéndose el derecho sólo a los damnificados directos; únicamente el menor podría reclamar por los daños sufridos.
- d) En el caso de agravio moral derivado de lesiones corporales o psíquicas, de sus secuelas o padecimientos por la evolución o curación, el mal

al que se procura dar satisfacción se circunscribe a la esfera anímica de la propia víctima, sin que quepa comprender la afectación espiritual de su cónyuge o parientes.

En definitiva, los damnificados indirectos en nuestra legislación, no tienen acción en el supuesto de supervivencia de la víctima, aunque inclusive sufran un menoscabo mayor a sus intereses extrapatrimoniales por el mismo hecho ilícito, tampoco la tienen si el damnificado directo carece de discernimiento (reconocida la procedencia de la indemnización, sus representantes sólo podrán peticionarla en nombre del damnificado directo, pero no iure proprio).

En esta línea de ideas, los doctores Ghuersi y Weingarten aseveran que: "...Consecuentemente, y atento al carácter restrictivo de la normativa citada, no correspondería la reparación por daño moral a otros damnificados indirectos ni tampoco en el caso de lesiones, es decir, cuando media supervivencia de la víctima, vg. lesiones incapacitantes; *únicamente admite la reparación en caso de muerte de la víctima* (y sólo si fuesen herederos forzosos), en la idea de que una solución contraria puede producir una catarata de damnificados, con desmedidas consecuencias económicas. Consecuentemente, no sería de aplicación el art. 1079 del Cód. Civil, cuya amplitud respecto de la legitimación activa de los damnificados indirectos cede ante el carácter específico que tiene la restrictiva solución contemplada en el art. 1078 Cód. Civil...".

Y en la temática que nos ocupa, también Pizarro (en 2000, 176) reafirma esta tendencia que cuestiona la iniquidad del 1078 y nos dice que: "No es menor el relieve que debería tener el derecho de los damnificados indirectos por daño moral en ciertos supuestos de especial gravedad, cuando media *supervivencia* de la víctima (v. gr., lesiones discapacitantes, privación ilegítima de la libertad, injurias, abusos sexuales), ámbito en el cual prevalecen criterios excesivamente restrictivos.

La doctora Zavala de González (en 1993, 654) aclara que existe otra interpretación que por una vía interpretativa diferente también tuerce la recta interpretación de la norma en estudio y considera que los padres estarían

habilitados para reclamar el daño moral por ellos padecido a consecuencia de lesiones con secuelas graves y/o permanentes sufridas por sus hijos a raíz de un ilícito, sosteniendo que los padres son damnificados directos por aquel tipo de suceso, con lo que confunde el carácter personal del perjuicio con la calidad de damnificado directo (víctima inmediata del hecho).

En la posición contraria a la hipótesis que planteamos, la doctora Kemelmajer de Carlucci defiende la solución legal, porque le parece que es la que mejor responde a la naturaleza de los derechos afectados por el daño moral, ya que para ella si del hecho no ha resultado la muerte del acreedor, el único titular de la acción es él y si el propio interesado no se siente dañado, nadie puede intentar la acción en su lugar.

Pero tal como lo enseña, la doctora Zavala de González, el damnificado indirecto no intenta la acción en lugar del directo sino por un perjuicio propio aunque reflejo o mediato.

Y luego, indica que se presenta otra situación paradójica, también violatoria de la regla de igualdad y de congruencia, en hipótesis sustancialmente similares ya que de conformidad con el art. 1080, Cód. Civil, que sigue vigente a pesar de la reforma de la ley 17.711 “El marido y los padres pueden reclamar pérdidas e intereses por las injurias hechas a la mujer y a los hijos”.

Entonces se pregunta que motivo razonable existe para justificar que dichos allegados puedan invocar el daño mediato que sufren a raíz de la ofensa al honor del familiar y para denegar esa posibilidad cuando el atentado es a la integridad sicofísica de éste.

En definitiva, el 1080, en caso de injurias, reconoce el menoscabo padecido por ciertos damnificados indirectos y cabría preguntarse por qué el CC no lo admite en todas las demás hipótesis.

La pregunta es retórica y la solución conduce a detectar otra contradicción lógica en nuestro sistema jurídico, una inconsistencia total – parcial (dado que

el ámbito de referencia de una norma está incluido totalmente en el de la otra, pero esta última comprende además casos adicionales).

En el derecho comparado francés, observamos la agudeza con la que afrontaron el tema los hermanos Mazeud y Tunc, y es oportuno volver sobre ello.

Los juristas franceses (en 1961, 461) expresan que varias cortes de casación se habían negado a admitir reparación a parientes muy cercanos en el supuesto de enfermedad de la víctima y que en una sentencia del 22 de octubre de 1946 lo admitió la Cámara civil de la Corte de casación con carácter excepcional (se trataba del caso de una hija única aquejada por una enfermedad definitiva susceptible de comprometer gravemente las condiciones de su existencia).

En el análisis que efectúan sobre este aspecto particular manifiestan con claridad que: "...No cabría exigir para conceder la reparación, la muerte de la víctima del accidente. Cuando ésta siga afectada por una enfermedad grave, ¿no van a recorrer a diario un verdadero calvario los padres y su pesar no es a veces mayor que si su hijo hubiera sucumbido?...".

Es oportuno acentuar que el tema ha sido analizado en distintas Jornadas de Derecho Civil.

Así en las Jornadas sobre temas de Responsabilidad Civil en caso de muerte o lesión de las personas (Rosario, 1979) se suscribió un despacho que propiciaba: "... Debe modificarse el art. 1078 del Código Civil, en cuanto otorga solamente a los herederos forzosos la acción para obtener el resarcimiento del daño moral en caso de muerte de la víctima directa. A tal efecto, se propone la siguiente redacción para el segundo párrafo del art. 1078: La acción por indemnización del daño moral corresponderá también, de acuerdo con lo establecido en el art. 1079 del Código Civil, a los parientes que acrediten haber sufrido una lesión en sus intereses legítimos, aunque del hecho ilícito no haya

derivado la muerte de la víctima...”. (Roberto H. Brebbia, Carlos Corbella y Omar U. Barbero).

Asimismo, en las Jornadas de Derecho Civil de San Juan de 1984 se opinó: “...Se aconseja ampliar en una futura reforma del Código Civil el ámbito de damnificados indirectos legitimados para reclamar la reparación del daño moral...”. (Alberto Bueres, Ramón Daniel Pizarro, Matilde Zavala de González, Silvana Chiapero de Bas, Beatriz Junyent de Sandoval, María Emilia Lloveras de Resk y Rubén Stiglitz).

Y en nuestra jurisprudencia, el iter hacia la concreción de la plenitud de la reparación del daño, lo inicia el fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires de fecha 16 de mayo de 2007, en autos “L.A.C. y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro”.

En el fallo citado, se sostuvo que: “...Debe declararse la inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civil, en cuanto limita la legitimación activa para reclamar el daño moral en un acto ilícito, y concederse una reparación por dicho concepto a los padres de un menor que quedó parapléjico por una mala praxis médica – en el caso, por la inhalación excesiva de vapores anestésicos por una falla del aparato que suministraba la anestesia – **dado que la norma en cuestión confronta con el art. 16 de la Constitución Nacional** (el resaltado es nuestro).

El ministro Roncoroni, con claridad meridiana manifestó que adhiriendo a la solución propugnada por Bueres y Highton, **el único camino transitable para realizar la justicia en el caso concreto, es el del ejercicio de oficio del control difuso de constitucionalidad, que obviamente se impone al mediar denuncia de violación de la norma cuya validez pone entre signos de interrogación.** ( el destacado es nuestro).

En la obra citada por el magistrado, (en 1999, 181), la doctora Zavala de González al comentar el art. 1078 en lo concerniente a la legitimación activa había anticipado que: “Resulta atentatoria de la igualdad ante la ley, además de

carente de razonabilidad y congruencia, la amplia legitimación de los damnificados indirectos en su patrimonio (art. 1079), discriminando injustamente a quienes sufren indirectamente en su espíritu. La iniquidad de la limitación en estudio ha determinado que pese a su claridad, no hayan dejado de promoverse pretensiones resarcitorias con resultado desestimatorio...”.

En el voto del doctor Negri se evidencia la influencia de quienes forzando la interpretación de la norma cuestionada sostuvieron que los padres en estos supuestos son damnificados directos (Ferreira, Merino y Dichiachio en la ponencia presentada a las Segundas Jornadas Nacionales del Derecho del Seguro, en Córdoba, 1988).

Así, el doctor Negri en su voto manifestó que: “Corresponde otorgar, con fundamento en el art. 1078 del Cód. Civil, una indemnización de daño moral a favor de los progenitores de un menor que quedó caudripléjico por una mala praxis médica, pues los padres están sufriendo por ellos mismos en los afectos de su paternidad lastimada por lo acontecido y, en este sentido, son tan legitimados directos como su propio hijo...”. (el subrayado nos pertenece).

Y objetivamente, es innegable la afección en la paternidad lastimada, el menoscabo espiritual de los progenitores, en los supuestos de supervivencia pero ese perjuicio personal, lo es en calidad de damnificados indirectos (que sufren por reflejo) ya que el damnificado directo sólo puede serlo la víctima inmediata de la mala praxis.

Lo ha enseñado con maestría la doctora Zavala de González (en 1999, 177) al recalcar que no debe confundirse daño moral directo (deriva del atentado contra un bien extrapatrimonial) con daño moral indirecto (cuando el bien menoscabado es patrimonial, en tanto y en cuanto se lesione un interés espiritual, el llamado interés de afección) con la distinción atinente a la calidad de damnificado directo o indirecto (en este caso no se atiende a la índole del bien objeto del atentado, sino a si el sujeto que lo experimenta es la víctima inmediata del hecho u otra persona).

Finalmente, el ministro Lazzari, en su voto, preconiza que el artículo mencionado, en consideración a su irrazonabilidad viola lo dispuesto por el art. 28 de la Constitución Nacional.

Un fallo ejemplificador que consagra la inconstitucionalidad de la norma, cuyo alcance debatimos, y que demuestra que es esencial el rol de los jueces en el moderno derecho de daños, para la eficaz protección de la persona y el logro de la reparación plena de base constitucional.

Y además un fallo cuya argumentación jurídica se destaca por la ponderación de principios constitucionales.

Lo celebramos, y estamos convencidos de que tal como lo manifestara expresamente el ministro Roncoroni, el único camino transitable atento la restricción del art. 1078 del CC en lo vinculado a la legitimación activa, es, en el caso concreto, el del ejercicio de oficio del control de constitucionalidad.

Bibliografía:

DJ, 2008- II,947

Gherzi, Carlos, Weingarten, Cecilia. *Tratado de Daños Reparables – Tomo I – Parte General*. 1º ed, Buenos Aires, La Ley, 2008.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Código Civil - Comentado, Anotado y Concordado Tomo 5*. Buenos Aires, Astrea, 1990.

La Ley, 2007, E, 345.

Mazeaud, Henri y León, Tunc, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Tomo Segundo, Volumen II*. 5º ed. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa, América, 1961.

Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por Daños – Tomo V – El Daño Moral*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores.

Orgaz, Alfredo. *El Daño resarcible*, Córdoba, Marcos Lerner, Editora Córdoba.

Pizarro, Ramón Daniel. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires, Hammurabi, 2000.

Zannoni, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. Astrea, 1ª reimpresión, 1993.

Zavala de González, Matilde. Resarcimiento de Daños, vol. 2a., 2ª reimpresión,  
Hammurabi, 1993.

**Título:** La equidad y el rol de los jueces dinamizando el Derecho de Daños. "Un fallo ejemplificador que consagra la inconstitucionalidad del Art. 1078 del CC" 

**Autor:** Ritto, Graciela B.

**Publicado en:** LLBA 2007 (setiembre), 869

**Fallo comentado:** Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBuenosAires) ~ 2007/05/16 ~ L.A.C. y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro

---

**SUMARIO:** I. Análisis de un fallo de trascendente significación para el Derecho de Daños. — II. La legitimación activa para reclamar daño moral según la doctrina nacional y los Proyectos de reforma del CC. — III. La contradicción lógica entre el art. 1078 del CC y el art. 1079 en lo relativo a la legitimación activa. — IV. A modo de conclusión. — V. Bibliografía.

Algunas reflexiones iniciales acerca de la **legitimación activa** para reclamar daño moral y la falta de equidad del art. 1078 del CC

El art. 1078 del CC se enrola en una posición restrictiva en lo referido al reconocimiento de la **legitimación activa**.

Como consecuencia de esta restricción se desconoce la legitimación de los parientes que acrediten haber sufrido una lesión en sus intereses legítimos cuando del hecho ilícito no haya derivado la muerte de la víctima.

Sólo se admite como legitimado al damnificado directo y si del hecho hubiese resultado la muerte de la víctima, únicamente tienen acción los herederos forzosos, de manera que quedan excluidos: la concubina/o, los hermanos, la guardadora, el hijo de crianza, la novia y otras personas que puedan sufrir una lesión en un interés propio, en virtud de sus lazos afectivos con la víctima.

La restricción impuesta por el art. 1078 del CC se contradice con la amplitud de la **legitimación activa** para reclamar daño patrimonial dispuesta por el art. 1079 del CC, que reconoce legitimación a toda persona que por el delito hubiese sufrido, aunque sea de manera indirecta; por lo que resulta irrazonable esta solución legal, aunque su sentido sea inequívoco.

Sin duda es inexplicable desde el punto de vista lógico esta notoria contradicción y desde el punto de vista axiológico, podríamos inferir que el Código Civil valoriza más el daño patrimonial que el daño moral y como consecuencia de ello reconoce amplitud de legitimados activos para reclamar daños patrimoniales.

Desde el punto de vista histórico es aún más enjuiciable el sistema vigente, dado que el art. 1078 antes de la reforma de la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810), si bien sólo reconocía daño moral si el hecho fuese un delito de derecho criminal, consagraba la legitimación amplia de los damnificados.

El sistema actual implica la conculcación de la esencia misma del principio general de no dañar a otro (*alterum non laedere*), que la Constitución Nacional establece como límite concreto de las conductas privadas individuales en su art. 19 y atenta contra el principio de la igualdad ante las cargas públicas del art. 16 de la Carta Magna.

La doctrina que defiende el espíritu del art. 1078 actual basa su fundamentación en el temor a una multiplicidad de reclamos, temor que no se manifiesta en el ámbito de los daños patrimoniales, y que no tiene razón de ser, tal como lo demuestra el fallo que comentaremos, *si se tiene en cuenta la atribución judicial de la morigeración equitativa de la indemnización en mérito de la situación patrimonial del deudor del art. 1069, párrafo 2° del CC y la prueba del daño moral causado a las afecciones legítimas por parte de quienes lo alegaren como damnificados indirectos en el supuesto de lesiones y en el caso de la víctima aunque no fuesen herederos forzosos.*

Estas convicciones las planteamos en su momento, en el Proyecto de Tesis "La **legitimación activa** para reclamar daño moral", aprobado en noviembre de 2004, por la Comisión del Doctorado en Derecho con orientación en Derecho Privado de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES).

En esa instancia formulamos como hipótesis que: *"... Todo damnificado indirecto que acredite haber sufrido una lesión a un interés legítimo de naturaleza extrapatrimonial o a un interés simple de naturaleza extrapatrimonial, está legitimado para reclamar daño moral, aunque del hecho ilícito no haya derivado la muerte de la víctima..."* y que *"Todo damnificado indirecto que acredite haber sufrido una lesión a un interés legítimo o a un interés simple de naturaleza extrapatrimonial, aunque no sea un heredero forzoso, está legitimado para reclamar daño moral en el supuesto de muerte de la víctima..."*.

Asimismo si bien propiciamos una reforma del art. 1078 del CC, destinada a ampliar el círculo de los legitimados activos para reclamar daño moral, consideramos siguiendo a nuestro maestro, el Dr. Alberto Bueres que los jueces basados en los principios generales del derecho y esencialmente en la equidad, podían dar lugar a los justos reclamos de los damnificados indirectos moralmente

por lesiones.

## **I. Análisis de un fallo de trascendente significación para el Derecho de Daños**

*Los hechos:* Un niño de cuatro años sufrió una incapacidad total y permanente, como consecuencia de una mala praxis médica. La Cámara a quo reconoció una indemnización por daño moral para cada uno de los progenitores y a favor del menor, estableció una renta mensual equivalente a un salario mínimo para atender a los gastos periódicos de tratamiento futuro. Los demandados plantearon un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley contra dicha resolución, alegando violación al art. 1078 del Cód. Civil, y la Suprema Corte de Justicia Provincial, por mayoría, lo rechazó.

La Suprema Corte de Justicia Provincial sostuvo que: "... Debe declararse la inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód Civil, *en cuanto limita la **legitimación activa** para reclamar el daño moral en un acto ilícito*, (el resaltado nos pertenece) y concederse una reparación por dicho concepto a los padres de un menor que quedó cuadripléjico por una mala praxis médica —en el caso, por la inhalación excesiva de vapores anestésicos por una falla del aparato que suministraba la anestesia—, dado que la norma en cuestión confronta materialmente con el art. 16 de la Constitución Nacional...".

*El voto del Dr. Roncoroni:* queremos resaltar el análisis jurídico y axiológico realizado en sus consideraciones.

En lo que se refiere al 1° de los agravios relativo a la violación del principio de congruencia al fijar una renta mensual equivalente al salario mínimo para atender los gastos periódicos de tratamiento futuro, que no había sido peticionado por la actora, el Dr. adhiere a la doctrina constante de la Suprema Corte y manifiesta que: "... Tiene dicho esta Corte que la determinación del monto de la indemnización del daño futuro constituye una cuestión de hecho reservada a los jueces de la instancia ordinaria que sólo puede ser reexaminada en esta instancia si se ha acreditado la existencia del absurdo...".

Y en lo relativo al segundo agravio que alega que al conceder indemnización por daño moral a favor de los padres del menor, viola el art. 1078 del Cód. Civil que sólo confiere esa reparación al damnificado directo, por tratarse de responsabilidad extracontractual, el Ministro realiza una concatenación lógica de argumentaciones jurídicas que conducen a la palmaria inconstitucionalidad de la norma en el caso

que nos ocupa.

En primer lugar se refiere al daño padecido por el menor y al consecuente daño moral de sus progenitores y expresa que: *"Es una incapacidad para toda la vida, un problema médico, social, educacional y económico. Requerirá de por vida de ayuda de terceros (enfermero u otra persona especializada), por su severo déficit motor - cognitivo, para la alimentación, higiene, movilización, vestimenta, traslado... Situación a mi modo de ver más lacerante y dramática que aquélla que puede derivarse de la muerte de un hijo..."*.

En segundo lugar, analiza la paradoja del último párrafo del 1078 del CC que adoptó un sistema cerrado de legitimados activos para reclamar la reparación del agravio moral, de manera que sólo si el menor hubiera fallecido, sus progenitores hubieran tenido derecho a reclamar el daño moral.

Al abordar esta paradoja el Ministro cita a Mazeaud y Tunc en el derecho comparado y a los Dres. Bueres y Highton en nuestro derecho.

Es esencial recordar el pensamiento de Henry y León Mazeaud y André Tunc al analizar el caso de supervivencia de la víctima "... ¿No van a recorrer a diario un verdadero calvario los padres, su pesar no es a veces mayor que si su hijo hubiera sucumbido?. Así lo ha comprendido la Cámara civil de la Corte de casación en una sentencia del 22 de octubre de 1946..."

En la misma inteligencia, los Dres. Bueres y Highton, al estudiar esta problemática sostienen que: *"... La regla general: sólo el damnificado directo: Acorde con lo previsto por el art. 1078, la acción indemnizatoria por daño moral sólo compete al damnificado directo, es decir a la víctima inmediata del hecho. De tal modo, si ella sobrevive a la lesión contra su integridad, es la única que podrá reclamar la reparación del daño moral, y no otras personas, aunque el padecimiento de éstas sea real y profundo. Así pues, en el sistema legal, la pérdida de un ser querido es invocable como daño moral, pero no su mutilación, incapacidad, violación, descerebración, etcétera, lo que no deja de ser paradójal..."*.

Agregan luego que: *"... El motivo de la restricción a la legitimación radica en poner un dique a la eventual "catarata de reclamaciones", pero ese objetivo se lograría igualmente existiendo cabal certeza del daño y relación causal adecuada con el hecho, sobre la base de la prudente valoración jurisdiccional de las circunstancias del caso (por ejemplo: parentesco estrecho u otros elementos de juicio que denoten la realidad de los afectos conculcados (la bastardilla es nuestra). Resulta*

atentatoria de la igualdad ante la ley, además de carente de razonabilidad y congruencia, la amplia legitimación de los damnificados indirectos en su patrimonio (art. 1079), discriminando injustamente a quienes sufren indirectamente en su espíritu (art. 1078). La iniquidad de la limitación en estudio ha determinado que, pese a su claridad, no hayan dejado de promoverse pretensiones resarcitarias con resultado desestimatorio...".

En virtud de lo expuesto y sobre la base de la prudente valoración jurisdiccional de las circunstancias del caso, el señor Ministro en el caso que comentamos afirma que: *"... Así las cosas, entiendo adhiriéndome a la solución propugnada por Bueres y Highton, que el único camino transitable para realizar la justicia en el caso concreto, es el del ejercicio de oficio del control difuso de constitucionalidad, que obviamente se impone al mediar denuncia de violación de la norma cuya validez vamos a poner entre signos de interrogación (conf. Bueres y Highton, op.cit. p. 181; art. 279 del C.P.C.C.)... Si en el presente caso coincidimos en que la norma aplicable es el art. 1078 del Cód. Civil, él define claramente que los progenitores no se encuentran legitimados para reclamar, como damnificados indirectos, la reparación del agravio moral... Lo que a mi juicio no es posible hacer, es valorarla como aplicable y no aplicarla, quedando en foco en tal caso la vivencia de contradicción que embargaría la conciencia de juez..."*.

Y con la misma prudencia y conciencia de su rol, el Dr. Roncoroni afirma que: *"... El principal argumento utilizado para defender la norma en cuestión no tiene entidad de cara al reclamo axiológico que el conflicto mismo exige... Por otra parte, el criterio que propugno en este acuerdo en modo alguno habrá de constituirse en un portalón que facilite la cascada de reclamos indemnizatorios de damnificados indirectos. Las circunstancias del caso son lo suficientemente elocuentes para destacarlo en su singularidad, en particular por el dolor real y profundo infringido a los progenitores como consecuencia del daño irreparable ocasionado ilícitamente a su hijo... En consecuencia, juzgando que el art. 1078 del Código Civil es inconstitucional al confrontar materialmente con el art. 16 de la Constitución nacional... concluyo que no se verifican en el fallo las violaciones denunciadas..."*.

La argumentación jurídica del Ministro es a nuestro criterio, la más destacable en el fallo que nos ocupa, y lo es porque se basa exclusivamente en la ponderación de principios constitucionales, en los términos de Alexy.

Por cierto, no es la suya una postura conservadora. Llama a las cosas por su nombre, receptando la doctrinaria mayoritaria que ha exteriorizado su insatisfacción con la solución adoptada por la norma del CC en materia de

**legitimación activa** para reclamar daño moral, pero desde el respeto al principio republicano que asegura la división de poderes.

La declaración de inconstitucionalidad de la norma lo es en el caso, no se proclama en abstracto sino en una causa abierta.

Finalmente, consideramos que es oportuno recordar al Dr. Carlos Santiago Nino que sostenía que: *"... La necesidad de resolver casos particulares hace que la magistratura advierta, en muchos casos con más facilidad que los legisladores, efectos sociales inconvenientes de una disposición legal, razón por la cual procede a realizar una interpretación correctiva de aquélla para impedir tales consecuencias..."*.

*El voto del Dr. Negri:* No aborda el planteo de la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC, por el contrario trata de demostrar que los padres son legitimados directos y en tal sentido los alcanza literalmente la legitimación de la norma cuestionada en los autos.

En consecuencia afirma que: *"... Los padres están sufriendo por ellos mismos, en los afectos de su paternidad lastimada por lo acontecido. Y en ese sentido, son tan legitimados directos como su propio hijo... La palabra directo en castellano significa inmediato, sin intermediarios y surge de la reconstrucción de los hechos, que llega firme a esta instancia, el inmediato y sin intermediarios daño moral inflingido a los padres..."*.

Esta posición, refutada luego por el voto del Dr. De Lázari, es sostenida por un sector minoritario de la doctrina (Ferreira, Merino y Dichiachio, ponencia presentada en las segundas Jornadas de Derecho del Seguro, Villa Giardino, Córdoba, 1998) y no resuelve todos los problemas planteados por la restricción de la legitimación del art. 1078.

Consideramos que la Dra. Zavala de González define con absoluta claridad el concepto: "El damnificado indirecto no es un tercero sino otro perjudicado por el suceso, al lado de la víctima inmediata; o bien, inclusive, puede ser el perjudicado (o los perjudicados) en la hipótesis de que la víctima no sufre jurídicamente un daño. La lesión al interés del damnificado directo es susceptible de menoscabar, además un interés distinto: el perteneciente al damnificado indirecto. Es decir, la única diferencia entre ambas clases de perjudicados radica en el modo en que el hecho afecta la esfera del damnificado indirecto: por vía de repercusión, reflejo o rebote..."

*El voto del Dr. De Lázari:* Adhiere al voto del Dr. Roncoroni que plantea la inconstitucionalidad del texto legal involucrado y amplía fundamentos por considerar que el enfrentamiento también se verifica en relación a otras cláusulas supralegales.

El Ministro sostiene que: *"se constata abierta colisión con la garantía de igualdad que consagra el art. 16 de la Carta Magna... El art. 19 de la Constitución nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, el alterum non laedere. Ese arraigo constitucional ha sido reconocido por la Corte Suprema de la Nación ("Fallos" 308:1118, 1144, 1109; ED, 120-649). La violación de este principio naturalmente depara como consecuencia una reparación, que debe ser plena o integral, vale decir justa, porque no sería acabada indemnización si el daño quedara subsistente en todo o en parte (Fallos: 283:213, 223). Pero con independencia de ese sustento constitucional y paralelamente, esta garantía se encuentra consagrada por los Tratados. Por la vía de lo dispuesto en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, con fuerza y jerarquía superior a las leyes, contamos por de pronto con lo que estatuye el art. 21 punto 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250): "Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa". Paralelamente, el art. 5° del mismo cuerpo supralegal ampara el derecho a la integridad personal al expresar que "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral". Incluso, sostiene el maestro*

*Germán Bidart Campos, que "el derecho privado se ocupa del llamado 'derecho de daños'. Constitucionalmente no es errado hablar de un derecho al resarcimiento y a la reparación del daño, e incluirlo entre los derechos implícitos; el art. 17 lo ha previsto en materia de expropiación, y surge asimismo ahora del art. 41 en materia ambiental, a más del caso específico de la reparación por el error judicial, que cuenta con normas en Tratados de Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional" (conf. art. 10 de la Convención Americana) ("Manual de la Constitución Reformada", t. II, Ediar 1997, p. 110); ... En suma a través de estas previsiones el derecho de daños tiene rango constitucional...".*

En definitiva, el Ministro confirma la inconstitucionalidad del art. 1078 que atenta contra los principios consagrados en los arts. 16 y 19 de la Constitución y contra cláusulas supralegales que integran nuestra Carta Magna desde la reforma de 1994.

Creemos importante recordar que similar fundamentación en las cláusulas supralegales, desarrolló la Cámara segunda Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 2004, en los autos R., S. E. c. Bustos, Esteban y A.A. c. Bustos y Esteban y otra para admitir el reclamo indemnizatorio de la concubina, que hemos comentado anteriormente.

Y nos parece digna de resaltar, la reafirmación que realiza el Ministro del rango constitucional del Derecho de Daños.

Y en ese orden de ideas, el Dr. De Lázari, con claridad meridiana manifiesta que: "... Los perjudicados indirectos poseen acción en la esfera patrimonial (art. 1079). ¿Por qué razón han de recibir un tratamiento distinto respecto del daño moral? En este orden, la preocupación de evitar la multiplicidad de demandas o cadena indiscriminada de reclamos ante un hecho dañoso no puede erigirse en pauta determinante que cercene el derecho constitucional. *En todo caso serán los jueces quienes sabrán apreciar y afrontar ese posible desborde litigioso, (la bastardilla nos pertenece)* constatando rigurosamente la reunión de los presupuestos necesarios para la admisión de la responsabilidad y ejercitando activamente sus atribuciones para marginar abusos (art. 1071 del C.C.), o en su caso morigerar equitativamente las indemnizaciones en consideración a la situación patrimonial del deudor (art. 1069, 2° párrafo, C.C.).

La argumentación destaca nuevamente el rol de los jueces, dinamizando el Derecho de Daños de rango constitucional, para una eficaz protección de la persona.

*El voto del Dr. Soria:* el Ministro considera innecesario ingresar al análisis de la inconstitucionalidad del art. 1078 y expresa que: "... Del cotejo de las presentes actuaciones surge que, en oportunidad de contestar la demanda, el Fisco sostuvo la naturaleza contractual de la responsabilidad médica imputada a su parte (v. fs. 131 y vta.) Por otra parte, tal fue el encuadre legal asignado al caso por el señor juez de origen (v. fs. 1240 vta. de la sentencia de primera instancia), aspecto que no mereció réplica alguna del ahora recurrente (v. expresión de agravios de fs. 1309/1314). Para más, si bien la parte actora cuestionó ante la alzada que la responsabilidad fuera exclusivamente enmarcada en dicho ámbito (v. fs. 1296/1305), su queja fue desestimada por juzgar el a quo que "carecía de la entidad necesaria como para constituir agravio en los términos del art. 260 del Código Procesal Civil y Comercial" (v. fs. 1367 y vta.), tramo de la decisión que tampoco fue rebatido. Siendo ello así, los argumentos esgrimidos en esta instancia extraordinaria por el Fisco de la Provincia de Buenos Aires —quien, reitero,

oportunamente afirmó la naturaleza contractual del reclamo articulado en su contra y consintió la decisión que sobre el punto adoptara el juez de primer grado— son fruto de una reflexión tardía (cfr. C.S.J.N., Fallos: 306:111; 307:770, 311:2247, 321:1052) y —por tanto— resultan ineficaces para habilitar la vía intentada.

El Dr. Soria considera inoficioso plantear la inconstitucionalidad del art. 1078 y rechaza el agravio relativo al resarcimiento del daño moral de los progenitores, basado en la doctrina de los propios actos aplicable en el caso al Fisco de la Provincia de Buenos Aires. (*venire contra factum proprium non valet*).

Entre la conducta anterior del Fisco de la Provincia de Buenos y la pretensión actual planteada en el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley existe una incompatibilidad o una inconsecuencia, según el sentido que de buena fe ha de atribuirse a la conducta anterior.

La consecuencia básica es procesal y por ello el Ministro considera ineficaz habilitar la vía intentada.

No podemos rebatir su argumentación, aunque la cuestión se resuelva en el ámbito procesal y no se aborde la cuestión de fondo.

*La Dra. Kogan, por los mismos fundamentos que el Dr. Soria votó por la negativa.*

*El Dr. Pettigiani:* adhirió a los votos del Dr. Roncoroni y del Dr. De Lázari y resaltó que la relación del Estado a través del hospital público con el paciente y la relación médico —paciente, se desenvuelven en el ámbito del derecho público— derecho constitucional y/o administrativo y consecuentemente la responsabilidad se encuadra en el régimen extracontractual.

## **II. La legitimación activa para reclamar daño moral según la doctrina nacional y los Proyectos de reforma del CC**

Al respecto, cabe destacar que la doctrina mayoritaria ha manifestado su insatisfacción con la normativa actual, proclamando la necesidad de una modificación que otorgue soluciones más flexibles en materia de **legitimación activa** por daño moral.

La ampliación de lege ferenda de los legitimados activos para reclamar daño moral ha sido reiteradamente sostenida en forma absolutamente mayoritaria en los más recientes congresos y Jornadas: "II Congreso Internacional de Derecho de Daños", Buenos Aires, 1991, "III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa", 1991; "XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil", San Miguel de Tucumán, 1993,

"IV Congreso Internacional de Derecho de Daños", Buenos Aires, 1995.

La recomendación de las Jornadas de San Juan expresó sobre el particular: "Se aconseja ampliar en una futura reforma del Código Civil el ámbito de damnificados indirectos legitimados para reclamar la reparación del daño moral". La suscriben: Bueres, Pizarro, Zavala de González, Chiapero de Bas, Junyent de Sandoval, Lloveras de Resk y Stiglitz.

Jorge Mosset Iturraspe que en las Jornadas mencionadas había propuesto la inconveniencia de la modificación del art. 1078 del Código Civil, manifiesta en la actualidad que: "en los últimos años, la observancia de casos reales nos ha convencido de la conveniencia de un texto, similar al del Proyecto de 1993 del Ejecutivo, que legitima a los "convivientes", en caso de muerte, sujeto, claro está, a la apreciación judicial...".

En la misma línea de pensamiento, el Dr. Ramón Pizarro expone que: "...No es justo excluir la resarcibilidad del daño moral indirecto por el mero hecho de sobrevivir la víctima al hecho dañoso. El daño moral de los damnificados indirectos puede ser mayor cuando sobrevive la víctima, que cuando muere; ello por cuanto el detrimento espiritual y el quebramiento del proyecto de vida suelen adquirir dimensiones superlativas en tales circunstancias... El sistema legal argentino tiene explicación pero no fundamentación. De allí la necesidad de una reforma...".

Finalmente, el Proyecto de 1998 en su art. 1689 disponía textualmente que: "Daño extrapatrimonial. La persona humana damnificada directa tiene legitimación para accionar por la satisfacción de su daño extrapatrimonial. Si sufre discapacidad o del hecho dañoso resulta su muerte, también tienen legitimación a título personal, según corresponda conforme a las circunstancias, el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y quienes convivían con ella recibiendo trato familiar ostensible...".

### **III. La contradicción lógica entre el art. 1078 del CC y el art. 1079 en lo relativo a la legitimación activa**

Ya hemos sostenido que la restricción impuesta por el art. 1078 del CC se contradice con la amplitud de la **legitimación activa** para reclamar daño patrimonial dispuesta por el art. 1079 del CC, que reconoce legitimación a toda persona que por el delito hubiese sufrido, aunque sea de manera indirecta, por lo que resulta irrazonable esta solución aunque su sentido sea inequívoco.

Carlos Santiago Nino sostiene que hay una contradicción entre normas cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles.

Alf Ross distingue tres clases de inconsistencias: total —total (los ámbitos de referencia de ambas normas se superponen totalmente), total— parcial (cuando el ámbito de referencia de una norma está incluido totalmente en el de la otra, pero ésta última comprende además casos adicionales) y la inconsistencia parcial —parcial que es la que se da en caso que nos ocupa.

La inconsistencia parcial— parcial se produce cuando las descripciones de dos normas con soluciones incompatibles se superponen parcialmente, pero ambas tienen ámbitos de referencia autónomos.

En el caso, la solución del art. 1078 es incompatible con la del 1079 en lo relativo a la **legitimación activa** para reclamar daño, pero ambas normas tienen ámbitos de referencia autónomos.

El art. 1078 se circunscribe al daño moral.

El art. 1079 se refiere al daño patrimonial.

Los juristas y los jueces utilizan como dice Alf Ross, varias reglas para resolver los problemas de contradicción normativa.

Una de esas reglas, el principio "lex superior" es el que ha aplicado la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

#### **IV. A modo de conclusión**

El fallo presenta una correcta argumentación justificatoria con razones explícitas que han sido aducidas para lograr la validez de la decisión (razones propiamente jurídicas o fuentes del derecho, razones interpretativas o parajurídicas, razones fácticas, razones lógicas, axiológicas y técnicas o doctrinarias).

Es evidente que el criterio restrictivo del art. 1078 del CC responde a política legislativa pero también lo es que carece de fundamentación.

Y más allá de proclamar la innegable necesidad de su reforma, es vital destacar la trascendencia del rol judicial, dinamizando el derecho de daños para una eficaz protección de la persona.

Era indudable la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC para la mayor parte de la doctrina, pero sólo el juez podía declararla en el caso concreto y de allí la significación del fallo en análisis, que eligió el único camino transitable para realizar la justicia.

Camino y criterio al que ya ha adherido la jurisprudencia a la fecha y que estamos convencidos será adoptado en el futuro.

## V. Bibliografía

Bueres, Alberto. "El daño moral y su relación con las lesiones". Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 1, (1994): 237 - 266.

Mazeaud, Henri y León y Tunc, André, Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, 5° ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa - América, 1961.

Bueres, Alberto y Highton, Elena, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, 3 A, Ed. Hammurabi S.R.L., 1999.

Alexy, Robert, Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional. Derecho y razón, Distribuciones Fontamara, México, 1993.

Nino, Carlos Santiago, Introducción al análisis del derecho, 3ª ed., Buenos Aires, Ed. Astrea, 1987.

Zavala de González, Matilde. Resarcimiento de daños. 2° ed. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1993.

Ritto, Graciela, "La **legitimación activa** para reclamar daño moral", LLBA, 2005-1049.

Mosset Iturraspe, Jorge. Responsabilidad por Daños, Tomo V, El Daño Moral. 1° ed. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores. 1999.

Pizarro, Ramón. "La Corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación". Sup. Esp. La Ley, 2004/09/27, p. 5.

Cámara Civil y Comercial Mercedes, Sala I, 2007/06/12, Acevedo Hilda y otros c. Hospital Municipal Mariano Luciano de la Vega y otros, LLBA, 007-750, RCyS, 2007-VIII, 90.

Stiglitz, Gabriel. "El derecho de daños en su cabal función". LA LEY, 1992-B, 171.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

**Fecha:** 16/05/2007

**Partes:** L. A. C. y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro

**Publicado en:** DJ 2007-II, 453, con nota de Marisa Gabriela López Bravo - RCyS 2007, 854 - LLBA 2007 (junio), 505, con nota de Marisa Gabriela López Bravo - LA LEY 20/06/2007, 8, con nota de Roberto A. Meneghini - LA LEY 2007-C, 671, con nota de Roberto A. Meneghini - DJ 2007-II, 680, con nota de Matilde Zavala de González - LA LEY 16/07/2007, 5, con nota de Juan Carlos Boragina; Jorge Alfredo Meza - LA LEY 2007-D, 372, con nota de Juan Carlos Boragina; Jorge Alfredo Meza - LA LEY 07/09/2007, 5, con nota de Matilde Zavala de González - LA LEY 2007-E, 345, con nota de Matilde Zavala de González - LLBA 2007 (setiembre), 870, con nota de Graciela B. Ritto; Pedro Marcelo Sexe - LA LEY 19/10/2007, 4, con nota de María M. Agoglia - LA LEY 2007-F, 73, con nota de María M. Agoglia - JA 2007-III, 222 - LLP 2008 (marzo), 260, con nota de María M. Agoglia

---

#### **HECHOS:**

*Como consecuencia de una mala praxis médica, un niño de cuatro años sufrió una incapacidad total y permanente. La Cámara a quo reconoció una indemnización por daño moral para cada uno de los progenitores y, a favor del menor, estableció una renta mensual equivalente a un salario mínimo para atender a los gastos periódicos de tratamiento futuro. Los demandados plantearon un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley contra dicha resolución, alegando violación al art. 1078 del Cód. Civil, y la Suprema Corte de Justicia Provincial, por mayoría, lo rechazó.*

#### **SUMARIOS:**

1. Debe declararse la inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civil, en cuanto limita la **legitimación** activa para reclamar el daño moral en un acto ilícito, y concederse una reparación por dicho concepto a los padres de un menor que quedó cuadripléjico por una mala praxis médica —en el caso, por la inhalación excesiva de vapores anestésicos por una falla del aparato que suministraba la anestesia—, dado que la norma en cuestión confronta materialmente con el art. 16 de la Constitución Nacional.

2. Corresponde otorgar, con fundamento en el art. 1078 del Cód. Civil, una indemnización en concepto de daño moral a favor de los progenitores de un menor que quedó cuadripléjico por una mala praxis médica —en el caso, por la inhalación excesiva de vapores anestésicos por una falla del aparato que suministraba la anestesia—, pues los padres están sufriendo por ellos mismos en los afectos de su

paternidad lastimada por lo acontecido y, en ese sentido, son tan legitimados directos como su propio hijo (del voto del doctor Negri).

3. Corresponde decretar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civil, en cuanto limita la **legitimación** activa para reclamar el daño moral en un acto ilícito, y concederse una indemnización por tal concepto a los padres de un menor que quedó cuadripléjico luego de haber sido sometido negligentemente a una intervención quirúrgica —en el caso, por la inhalación excesiva de vapores anestésicos por una falla del aparato que suministraba la anestesia—, puesto que la solución que preconiza el artículo mencionado, en consideración a su irrazonabilidad, viola lo dispuesto por el art. 28 de la Constitución Nacional (del voto del doctor Lázari).

4. Es improcedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley planteado contra la resolución que reconoció una indemnización en concepto de daño moral a favor de los padres de un menor que quedó cuadripléjico por una mala praxis médica —en el caso, por la inhalación excesiva de vapores anestésicos por una falla del aparato que suministraba la anestesia—, pues las objeciones que opone el recurrente devienen inidóneas a fin de evidenciar la contrariedad legal alegada (del voto del doctor Soria).

#### **TEXTO COMPLETO:**

Dictamen de la Procuración General:

La Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala Segunda, dictó sentencia haciendo lugar al reclamo que por daños y perjuicios iniciaran L. A. C. y M. P., por sí y en representación de su hijo menor de edad S. A. C. contra el Fisco de la Provincia de Buenos Aires y el doctor N. B. A. L., y dispuso —a los fines que aquí interesan— una renta mensual a favor de la parte actora para atender a gastos periódicos futuros y el resarcimiento del daño moral para los progenitores del menor (fs. 1360/1378).

Contra dicho pronunciamiento se alza el Fisco demandado mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de fs. 1384/1392.

Lo funda en la violación de los artículos 521, 522 y 1078 del Código Civil; 34, 163, 272, 330, 375, 384 y 474 del Código Procesal Civil y Comercial; 16, 17 y 18 de la Constitución Nacional así como en la conculcación de doctrina legal sentada por V.E. en Ac. 72.067. Denuncia absurdo.

Sus agravios son los siguientes:

1) La fijación por parte de la Cámara de una renta mensual equivalente a un salario mínimo para atender a los gastos periódicos futuros de tratamiento, respecto de la cual —por no haber sido peticionada— media, según el quejoso, violación al principio de congruencia.

2) El daño moral concedido en sentencia a favor de los padres del menor, por entender "que en derecho no les corresponde". Ello así por entender aplicable al sub lite la previsión del art. 1078 del Código Civil (responsabilidad por daño moral en la órbita extracontractual) que sólo confiere dicha reparación al "damnificado directo"

En mi opinión, el recurso —por los motivos que seguidamente pasaré a exponer— debe prosperar sólo parcialmente.

La solución adoptada por la Cámara en punto al rubro "gastos de atención médica" —motivo determinante del primero de los agravios desarrollados— no importa, a mi ver, incongruencia alguna en tanto se ciñe a resolver sobre lo pedido pero con modalizaciones o adaptaciones que hacen a "la justicia del caso".

En efecto. Al momento de demandar (ver fs. 107y vta./108), la parte actora, peticionó bajo el acápite "gastos médicos y farmacéuticos, prótesis, accesorios aparatos de ortopedia", con cita del art. 1086 C.C. y exponiendo que los padres del menor deben y deberán asumir "diariamente" gastos de diversa índole (traslados, medicamentos y material descartable) que "acompañarán al menor por el resto de su vida", adicionando a simple título enunciativo, un costo estimativo de dichos insumos y, ponderando por un lado el tiempo restante de vida del niño damnificado y por el otro las erogaciones periódicas a realizar ("...cuantificando un daño mensual por tales conceptos muy moderados y calculando los mismos hasta la edad de 75 años..."), llegó a estimar prudentemente el resarcimiento de este rubro en la suma de \$ 150.000.

A su turno la Cámara, en atención a las particulares circunstancias de la causa, apreciando los términos de lo peticionado y las diferentes pruebas rendidas al efecto, entendió correspondía —por razones de mayor justicia y ajustada adecuación al reclamo impetrado— desgajar lo peticionado bajo este acápite en dos ítems que hacen a la forma de percepción de la indemnización sin alterar la sustancia de lo pedido: por un lado una suma fija que cuantificó en \$ 50.000 y por el otro un monto mensual destinado a erogaciones periódicas (cuya existencia —

atento la incapacidad total y permanente que pesa sobre el menor— resulta indiscutida) que mantuviera su valor adquisitivo a lo largo del tiempo, posibilitando un mesurado manejo de los fondos por parte de los progenitores del niño y con ello su óptima administración.

Así, el sentenciante, procurando lograr la mejor reparación posible para tan desgraciada situación, en uso de facultades que le son propias, asumiendo un papel comprometido con su función jurisdiccional y acorde con las peculiares connotaciones del caso en juzgamiento que requiere la efectivización de la llamada "justicia de acompañamiento", abasteció el reclamo de este rubro estableciendo — además de un monto fijo— una renta periódica como modalidad integrativa del resarcimiento, lo que no implica —en atención a lo explicitado— un capítulo aparte, sino que constituye —reitero— una forma justa y equitativa de apreciar el reclamo y modalizar el rubro en cuanto a su percepción.

Por su parte el recurrente no logra a través de sus consideraciones —que por más respetables que sean sólo constituyen simples apreciaciones subjetivas— acreditar de manera contundente la existencia del absurdo que le imputa al decisorio en este tramo, lo que es bastante para sellar la suerte adversa de su reclamo (conf. S.C.B.A., Ac. 38.324, sent. del 29/9/87; Ac. 52.783, sent. del 26/7/94; Ac. 50.544, sent. del 28/5/96; Ac. 55.136, sent. del 15/4/97; e.o.).

A mi ver, lejos de exhibir el fallo el "error palmario, grave y manifiesto" que caracteriza dicho vicio (conf. S.C.B.A, Ac. 71.327, sent. del 18/5/99; Ac. 74.337, sent. del 23/8/00; Ac. 78.294; sent. del 19/02/02; e.o.), la valoración efectuada en el mismo resulta —como lo señalara precedentemente— enteramente adecuada a las particularmente trágicas circunstancias fácticas que conforman la causa.

Consecuentemente con lo hasta aquí desarrollado, no habiéndose configurado ni evidenciado las violaciones legales y constitucionales alegadas, el agravio no puede aceptarse (conf. art. 279 del C.P.C.).

Distinta suerte habrá de correr el restante cuestionamiento traído.

Sostiene el recurrente, haciendo pie en el precedente jurisprudencial de V.E. citado (Ac. 72.067), que en autos resulta inaplicable la normativa del art. 522 del C.C. y cobra vida el art. 1078 del mismo cuerpo legal —por tratarse en el caso de la responsabilidad por daño moral en el ámbito extracontractual— que excluye como legitimados activos de la indemnización a los progenitores del menor.

Habré de acompañar aquí al quejoso, ya que entiendo le asiste razón.

Ello por cuanto, sobre presupuestos fácticos similares al presente, V.E. estableció en la sentencia cuya doctrina se invoca conculcada que: "Resulta extracontractual la responsabilidad del Estado por la mala praxis imputable a un médico de un hospital público".

En tales condiciones debo decir que, aunque resulte a todas luces injusto negar el reconocimiento de los padecimientos morales que soportaron hasta el momento los padres del niño e indudablemente sufrirán en el futuro como consecuencia del lamentable suceso que tuviera como directo protagonista a su hijo S., el artículo 1078 del Código Civil veda la formulación del reclamo por sus propios derechos para casos como el sub examen.

Por lo expresado, propicio —como lo adelantara— el acogimiento parcial del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que dejo examinado (conf. art. 298 del C.P.C.).— Tal es mi dictamen.—Diciembre 27 de 2002 — Juan A. De Oliveira.

La Plata, mayo 16 de 2007.

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

El doctor Roncoroni dijo:

1. En lo que interesa destacar, la Cámara a quo modificó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda de daños y perjuicios. Revisó el monto de la condena al reconocerle indemnización por daño moral para cada uno de los progenitores y al establecer, a favor del menor, una renta mensual equivalente a un salario mínimo.

Para así resolver la alzada entendió, en atención a las particulares circunstancias de la causa, apreciando los términos de lo peticionado y la prueba rendida, que correspondía por razones de justicia y ajustada adecuación al reclamo impetrado, respecto al rubro "gastos de atención médica", desgajar lo solicitado bajo el acápite en dos ítems que hacían a la forma de percepción de la indemnización, sin alterar la sustancia de lo requerido.

Dispuso por un lado, una suma fija y por otro un monto mensual destinado a erogaciones periódicas, cuya existencia resultaba indiscutida en atención a la incapacidad total y permanente que sufre el menor, a fin de que mantuvieran su valor adquisitivo a lo largo del tiempo, posibilitándoles a los progenitores del niño un mesurado manejo de los fondos y una óptima administración.

Señaló el a quo que los informes de los expertos coincidían en afirmar que el

vaporizador no funcionaba normalmente, entregando concentraciones altas de anestesia (v. informe del perito ingeniero de fs. 1051, informe técnico de fs. 284/285), lo que se erigió en la causa del daño.

Analizó también el reclamo por daño moral solicitado por los progenitores del menor y en suma dijo que: "... no existe duda en el caso de autos de la entidad y permanencia del daño moral que han sufrido y seguirán sufriendo los actores, ante el deterioro vital que padece su hijo, producido cuando contaba con apenas cuatro años de edad... los padres fueron en busca de asistencia médica, para curar las lesiones sufridas por el niño S. en un accidente ocurrido en el jardín de infantes, y obtuvieron a cambio una inadecuada prestación del servicio de salud, con consecuencias irreparables. El solo pensar en las circunstancias de autos revela la existencia de un sufrimiento profundo y sucesivo que los padres conllevan de por vida y amerita ser de alguna forma restañado con una satisfacción económica, aunque cabe reconocer que no existe suma que pueda compensar semejante quebranto..." (v. fs. 1374 vta./1375).

2. Contra este pronunciamiento la demandada interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley denunciando absurdo y violación de los arts. 16, 17 y 18 de la Constitución nacional; 521, 522 y 1078 del Código Civil; 34, 163, 272, 330, 375, 384 y 474 del Código Procesal Civil y Comercial y doctrina que cita.

En suma aduce que el fallo: a) viola el principio de congruencia al fijar una renta mensual equivalente a un salario mínimo para atender los gastos periódicos de tratamiento futuro, que no había sido petitionado por la actora; b) al conceder indemnización por daño moral a favor de los padres del menor, viola el art. 1078 del Código Civil que sólo confiere esa reparación al damnificado directo, por tratarse de una responsabilidad extracontractual.

3. Respecto del primer agravio el recurrente sólo opone su punto de vista discrepante con lo resuelto pero sin demostrar —como era su carga— que lo decidido por el a quo sobre la base de las circunstancias de hecho de la causa respecto a la forma en que fijó la indemnización, pueda considerarse absurdo.

Tiene dicho esta Corte que la determinación del monto de la indemnización del daño futuro constituye una típica cuestión de hecho reservada a los jueces de la instancia ordinaria que sólo puede ser reexaminada en esta instancia si se ha acreditado la existencia de absurdo (conf. doctrina. Ac. 49.673, sent. del 5-V-1992 en AyS, 1992-II-18; Ac. 38.342, sent. del 24-XI-1987; Ac. 46.115, sent. del 5-XI-1991; Ac. 48.547, sent. del 6-IV-1993; Ac. 54.246, sent. del 12-VIII-1997 en AyS,

1997-IV-38; Ac. 65.291, sent. del 23-III-1999; Ac. 74.875, sent. del 6-VI-2001).

4. En disidencia con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, entiendo que el segundo de los agravios que trae el recurrente no debe merecer acogida.

Distintos elementos de prueba explican cómo se desarrollaron las circunstancias que determinaron el hecho dañoso.

En la demanda se puede leer (fs. 96/119) que el día 7 de mayo de 1992 a las 10,30 hs. los padres del menor concurren al "Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano" con su hijo S. A. de cuatro años de edad a fin de asistirlo de un traumatismo nasal, siendo atendido por los profesionales de la entidad, los que diagnostican fractura con hundimiento de tabique nasal derecho, reparable mediante una pequeña intervención quirúrgica.

En el acto operatorio, como lo acreditan los distintos elementos de prueba (informe producido por la Asociación de Anestesiología, la Historia Clínica y los dictámenes periciales, v. fs. 960; 1015; 1200/1201 y 1135/1136), ocurre el accidente descrito como "braquicardia por inhalación excesiva de vapores anestésicos", que le produjo al menor lesiones cerebrales en virtud de las cuales a los cuatro años de edad, ha quedado cuadripléjico. La Hipoxia se originó en una falla del dispositivo vaporizador del aparato marca "Baguette" que suministraba la anestesia y que entregó concentraciones altas del producto debido a una modificación de las piezas del dial de regulación que lo llevaban a sobrepasar su tope de máxima y, por ende, importaron una descalibración del vaporizador.

Surge del dictamen pericial presentado por la médico pediatra (fs. 995/1001) que S. A. presenta una incapacidad total y permanente del 100%, que puede considerarse irreversible, no progresiva y absoluta, por destrucción de los tejidos nobles. No tiene posibilidades de desarrollar las tareas propias de las actividades diarias, motrices, recreativas, intelectuales, sociales, laborales, sexuales, entre otras. Es una incapacidad para toda la vida, un problema médico, social, educacional y económico. Requerirá de por vida de ayuda de terceros (enfermero u otra persona especializada), por su severo déficit motor-cognitivo, para la alimentación, higiene, movilización, vestimenta, traslado.

A lo antedicho quiero agregar parte de la muy ilustrativa experticia producida por la doctora G. E. E., médica neuróloga, la que da cuenta de la magnitud del daño inferido al menor: "... Hipoxia cerebral por bradicardia extrema durante acto quirúrgico [...] que la cuadriplejía espástica produce imposibilidad de movimientos

voluntarios, con gran rigidez y resistencia a la movilización pasiva (por otra persona). Pero S. A. C. padece parálisis deglutoria, ambliopía, hipoacusia, hidrocefalia (con válvula de derivación peritoneal), opistótonos de tronco, falta de sostén cervical con desviación permanente de cabeza, caída sobre tórax, falta de motividad vegetativa (no puede evacuar vejiga ni materia fecal sin ayuda externa...), no se comunica de ninguna manera, hay desconexión total con el medio. Debe alimentarse por sonda nasogástrica y alguna papilla mediante cucharita, pero como continuamente le produce aspiración pulmonar los especialistas que lo asisten consideran practicarle gastrostomía, para que el alimento se introduzca directamente por la sonda al estómago. Estas lesiones están corroboradas por los estudios que se adjuntan y es debido a la destrucción del tejido cerebral [...] irreversible..." (v. fs. 875 vta./877).

Anticipé que no comparto, en este punto, el dictamen del señor Subprocurador General y que la queja carece de fundamento. Al así juzgarlo no puedo dejar de extrovertir la conmoción que embarga mi conciencia como ser humano y como juez de cara a la tragedia que se ha instalado en la vida de los progenitores del menor S. A. C.. Situación a mi modo de ver más lacerante y dramática que aquélla que pudiera derivarse de la muerte de un hijo. Es que tener que afrontar diariamente la realidad que ha sido descrita por los expertos que dictaminaron en este proceso demanda, de quienes la deben afrontar, una cuota de sacrificio y heroísmo fuera de lo común. Son ellos quienes deben soportar recurrentemente el acicateo espiritual que les impone la presencia de ese querido cuerpo inerte, ese mismo que otrora, las horas previas a la intervención quirúrgica durante la cual se desencadenó el infortunio, condensaba en sí toda la vitalidad posible de un sano infante de cuatro años.

Dominando este escenario en donde se enseñorea el inmenso dolor espiritual de los padres, se encuentra el art. 1078 del Código Civil, norma que en su último párrafo adoptó un sistema cerrado de legitimados activos habilitados para reclamar la reparación del agravio moral. Acorde con dicho precepto, solamente el damnificado directo tiene acción para reclamar la indemnización de dicho daño. Si la víctima sobrevive a las lesiones sufridas, por más real, intenso y profundo que fuere el sufrimiento espiritual sufrido por otras personas, como en este caso los padres, carecen de **legitimación** por ser ellos damnificados indirectos. Dicho en otros términos, si S. A. hubiera fallecido como consecuencia del daño cerebral ocasionado por la sobredosis de anestesia, sus progenitores hubieran podido reclamar la reparación del agravio moral que la pérdida del hijo produjo.

En la singular situación que hoy nos toca enfrentar no sólo queda patente aquella paradoja que fuera tematizada primero y a título de ejemplo por Mazud y Tunc, que luego nos recordaran Bueres y Highton (conf. "Código Civil", Hammurabi, Buenos Aires, 1ª edición, t. III-A, p. 180, n° 9 y nota n° 30 de la p. 181), sino también, y advierto que con no menos énfasis, la pregunta sobre la constitucionalidad de un precepto limitante como el que contiene el art. 1078 del Código Civil, cuya iniquidad resulta ostensible (conf. Ghersi, Carlos A., "Daño moral y psicológico", Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 140).

Ninguna de las excepciones al cerrojo que impone la norma jurídica permite superar el escollo que advertimos. La primera, porque se refiere al supuesto de la muerte de la víctima inmediata, caso en el que quedan legitimados para accionar iure proprio por el daño moral sus herederos forzosos (art. 1078). El segundo, porque se refiere al supuesto concreto de injurias contra familiares (art. 1080).

Así las cosas, entiendo, adhiriéndome a la solución propugnada por Bueres y Highton, que el único camino transitable para realizar la justicia en el caso concreto, es el del ejercicio de oficio del control difuso de constitucionalidad, que obviamente se impone al mediar denuncia de violación de la norma cuya validez vamos a poner entre signos de interrogación (conf. Bueres y Highton, op. cit. p. 181; art. 279 del C.P.C.C.).

Comienzo por señalar que en la faena jurisdiccional se llevan a cabo, esencialmente, dos valoraciones. El juez debe valorar los hechos que vienen confirmados y se constituyen como las circunstancias particulares del caso y, además, debe valorar las normas jurídicas que resultan aplicables en función de tales hechos. Si en el presente caso coincidimos en que la norma aplicable es el art. 1078 del Código Civil, él define claramente que los progenitores no se encuentran legitimados para reclamar, como damnificados indirectos, la reparación del agravio moral. Otra posibilidad sería que dicha norma se valorara como no aplicable al caso, supuesto en el que el error in iudicando es evidente, configurándose violación de la ley por omisión de aplicación al caso concreto. Tal la queja del recurrente.

Lo que a mi juicio no es posible hacer, es valorarla como aplicable y no aplicarla, quedando en foco en tal caso la vivencia de contradicción que embargaría la conciencia del juez. La única forma posible de hacer desaparecer semejante compromiso, es examinar la validez formal y material de la norma jurídica en cuestión, habida cuenta que la infracción en cualesquiera de dichos planos habilita, por el ejercicio del control difuso que tienen los jueces, la declaración de

inconstitucionalidad.

Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que debe ser descalificada por arbitraria la sentencia que, reconociendo que una norma integra el orden jurídico positivo, no la aplica al caso concreto sin debate y resolución sobre su constitucionalidad. Es decir, que la sentencia, no resultaría en tal caso derivación razonada del derecho vigente (conf. C.S.J.N., D-359, sentencia del 14-VI-1965; citado por Carrió G. y Carrió A., "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, t. I, p. 178, nota 3).

Debo aclarar, además, que ya he manifestado mi adhesión a la tesis según la cual los jueces, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad, no sólo pueden sino que deben declarar de oficio la invalidez de una norma pues la Constitución no rige cuando alguien lo pide, sino siempre (art. 31, Const. Nac.). Por cierto, eso no significa que los jueces reemplacen a los legisladores, lo que también sería inconstitucional, pues resultaría contrario a régimen republicano (art. 1, Const. cit.; conf. L. 71.014, sent. del 29-X-2003). También he afirmado que la pregunta relevante no es si es posible o no la declaración oficiosa, sino bajo qué requisitos lo es, debiendo examinarse si ellos se cumplen en el caso en juzgamiento.

Debe repararse que no es del todo exacto que en este juicio la declaración de inconstitucionalidad sea oficiosa, pues esta sentencia que hoy dictamos sólo es posible ante un pedido concreto del recurrente, quien denuncia como violado el art. 1078 del Código Civil, circunstancia que habilita la competencia de esta Corte para pronunciarse al respecto y sin soslayar el control difuso de constitucionalidad (art. 279 del C.P.C.C.), pues el tema de su congruencia constitucional debe ser resuelto cuando las circunstancias de la causa así lo exijan (conf. causa Ac. 75.329, sent. del 18-IV-2001).

El respeto al principio republicano se encuentra asegurado, evitándose una ilegítima intromisión judicial en la esfera de atribuciones que la Constitución asigna a otros Poderes del Estado. En efecto, la declaración de inconstitucionalidad de la norma (o más exactamente, la inconstitucionalidad de su aplicación al caso), no se proclama en abstracto, sino en una causa abierta. Tampoco se trata de un dictum, u opinión de los miembros del tribunal, sino de una declaración estrictamente determinada, provocada, por pretensión de mejoramiento del resultado del proceso en que el recurso intentado consiste.

Los requisitos a que me he referido fueron explicitados por la Corte Suprema nacional ("Mill de Pereyra c/Prov. de Corrientes", Fallos 324:3219), y por cierto que

esos límites no resultan del hecho de que hayan sido reconocidos por el más Alto Tribunal de la Nación, sino que derivan de la división de poderes que ordena la Constitución. Así, señaló la Corte federal que la declaración de inconstitucionalidad "es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable... la declaración de inconstitucionalidad sólo será procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa" ("Mill de Pereyra" cit., considerando 10 —La Ley, 2001-F, 891 – DJ, 2001-3-807).

Dicho cuanto antecede deseo reconocer que antes de ahora, integrando como juez la Sala III de la Cámara I de Apelaciones en lo Civil y Comercial (conf. RSD 28/91, sentencia del 4-III-1991), me he expedido siguiendo las doctrinas judiciales y autorales reinantes, aunque dejando entonces a salvo mi opinión adversa de lege ferenda y que hoy intento expresar de lege data. Afronto entonces la recta final para concluir con mi voto negativo. Ello así, por cuanto la singularidad del presente caso ha sido vivenciada por mí como ariete efectivo para encarar un nuevo examen de la cuestión relacionada con la limitante impuesta por el art. 1078 del Código Civil. Dicha norma, al constituirse en un escollo insalvable para la realización de la justicia en el caso concreto, impone a la jurisdicción someterla al test de constitucionalidad.

Dos normas, ambas del Código Civil, resuelven con distinto criterio la situación de los damnificados indirectos. El art. 1078, consagrando, en la esfera del daño moral, que los únicos que pueden reclamar su resarcimiento son los perjudicados directos. El art. 1079, esta vez en el ámbito del daño patrimonial, tematizando la **legitimación** de los damnificados indirectos. Bien señalan Bueres y Highton (conf. op. cit., p. 181) que esta disparidad de tratamiento implica una desigualdad ante la ley y que por ello no debería superar con éxito el control de constitucionalidad (art. 16 de la Constitución nacional). Se trata en efecto de un caso de incompatibilidad material entre la norma inferior y la norma superior (art. 31 de la Constitución citada), al establecer la primera una diferenciación para la categoría de damnificados indirectos que no es razonable, pues si el daño es moral carecen ellos de la **legitimación** que sí se les concede cuando el daño sufrido es patrimonial (arts. 1078 y 1079 del Código Civil). La ley, tal como lo ha expresado la Corte Suprema, debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias (conf. C.S.J.N., Fallos 16:118; íd. 200:424; íd. 1198:112; íd. 312:826; íd. 200:428; cf. Quiroga Lavié, H. y otros, "Derecho Constitucional Argentino", Rubinzal-Culzoni, 1ª

edición, Buenos Aires, t. I, p. 376; Gelli, M. A., "Constitución de la Nación Argentina", La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 136; González, J. V., "Manual de la Constitución Argentina", La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 70), resultando arbitrario el criterio empleado al radicarse en la necesidad de evitar la proliferación de acciones que pudieran proponerse, cómo si ello pudiera ocurrir sólo cuando el daño es moral. La existencia de un daño cierto y la relación causal adecuada son, a mi entender suficientes, para poner coto al desmadre que se quiere evitar desconociendo **legitimación** activa en casos como el que nos ocupa y que se nos presenta como un supuesto de especial gravedad que no puede ser resuelto sin más bajo el principio restrictivo indicado (conf. Pizarro, Ramón D., "Daño moral", Hammurabi, Buenos Aires, 1996, ps. 212-213).

El principal argumento utilizado para defender la norma en cuestión no tiene entidad de cara al reclamo axiológico que el conflicto mismo exige y que, en este caso, resulta de una patencia incontestable. Por otra parte, el criterio que propugno en este acuerdo en modo alguno habrá de constituirse en un portalón que facilite la cascada de reclamos indemnizatorios de damnificados indirectos. Las circunstancias del caso son lo suficientemente elocuentes para destacarlo en su singularidad, en particular, por el dolor real y profundo infligido a los progenitores como consecuencia del daño irreparable ocasionado ilícitamente a su hijo. Además, de la prueba producida, fundamentalmente de las pericias realizadas a las que me referí, resulta probada la lesión cerebral irreversible que padece S. A., lo que incidirá por siempre, sin solución de continuidad, en las afecciones más íntimas de quienes se encuentran en relación familiar más estrecha con él, sus progenitores. La certeza adquirida sobre el daño cuya reparación se pretende y la relación causal adecuada con el hecho, también incuestionable, me afirman en el convencimiento de que la norma del art. 1078 del Código Civil debe ser descalificada y que debe mantenerse la solución plasmada en la sentencia del a quo, en tanto concede la reparación del agravio moral sufrido por los padres de S. A. C.

En consecuencia, juzgando que el art. 1078 del Código Civil es inconstitucional al confrontar materialmente con el art. 16 de la Constitución nacional, según las motivaciones explicitadas en este voto, concluyo que no se verifican en el fallo las violaciones denunciadas. En consecuencia, voto por la negativa.

El doctor Negri dijo:

El recurrente plantea dos agravios respecto de la sentencia de grado:

1. Violación del principio de congruencia (habría condenado a un resarcimiento no

pedido) y

2. Transgresión del art. 1078 del Código Civil (habría concedido una reparación por agravio moral a quien no es damnificado directo).

Ninguno de ellos prospera.

3. Tal como dictamina el Subprocurador General a fs. 1606 y ss. (precisando cuidadosamente tramos y vicisitudes del proceso), la actora formuló su petición de resarcimiento en términos suficientemente amplios, que comprenden los rubros que le han sido reconocidos.

Cierta discordancia clasificatoria entre lo peticionado y resuelto no significa una violación del principio de congruencia, como se denuncia.

Es sólo terminológica: una razonable derivación apenas de "... las particulares circunstancias de la causa... y las diferentes pruebas rendidas..." (fs. 1607).

La interpretación del alcance de la demanda ha sido hecha por el tribunal de grado en ejercicio de facultades privativas (conf. L. 35.803, sent. del 17-III-1983; L. 41.306, sent. del 12-IV-1989; Ac. 34.491, sent. del 18-X-1988; Ac. 78.449, sent. del 19-II-2002; Ac. 80.193, sent. del 23-IV-2003 y muchas otras). No advierto, en la lectura realizada, absurdo que permita descalificarla como demasía decisoria.

4. El límite que para la acción de indemnización del daño moral establece el art. 1078 del Código Civil fue desplazado por la sentencia en recurso con fundamento en la normativa de la responsabilidad contractual.

Este desplazamiento ha sido expresamente cuestionado por el recurrente.

Sin embargo, no encuentro útil discutir en autos, dado el contenido de los agravios propuestos, el carácter extracontractual de la responsabilidad atribuida.

La aplicación del art. 1078 del Código Civil no haría en este caso, variar el resultado que se controvierte.

Dicho esto porque de la lectura de la sentencia observo (fs. 1376) que el juzgador ha receptado como cierto el hecho del daño moral de los padres ("... un sufrimiento profundo...") por los sucesos que aquí se refieren y la postración de su pequeño hijo.

En esas condiciones, pensar que ellos no sean también damnificados directos, entender que su mortificación es sólo refleja, sería contrariar lo probado.

Los padres están sufriendo por ellos mismos, en los afectos de su paternidad lastimada por lo acontecido.

Y en ese sentido, son tan legitimados directos como su propio hijo.

(El carácter directo de su damnificación no puede ser abolido por la unicidad del hecho dañoso, como erróneamente propone el recurrente.

Un hecho puede dañar directa y moralmente a más de una persona: esto es lo ocurrido aquí).

Cualquiera haya sido la intención del legislador al establecer el límite que ha impuesto en el art. 1078 del Código Civil, lo cierto es que al intérprete le cabe siempre la posibilidad (y hasta el deber) de una renovada lectura. Más aun cuando la justicia del caso lo reclama.

La palabra directo en castellano significa inmediato, sin intermediarios: y surge de la reconstrucción de los hechos, que llega firme a esta instancia, el inmediato y sin intermediarios daño moral infligido a los padres.

No se puede razonar como si la ley hubiese dicho: "la acción por indemnización por daño moral sólo competirá al damnificado por el daño material".

Este no es su contenido. Lo que la ley dice es: "la acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo...".

Y el damnificado directo es el que por sí mismo sufre el daño moral.

No es el lastimado en lo físico sino el directamente lastimado en sus afectos.

(Daño material y moral concurren, pero uno no es el componente ontológico del otro. Son apenas concomitantes.

De otro modo no sería posible la acción autónoma por daño moral, sin un daño material al que asociarse, ni una independencia cuantitativa de los respectivos resarcimientos).

Aquí ha habido daño moral directamente causado a los padres de la víctima. Es una cuestión de hecho y prueba, que sin absurdo resolvió la sentencia de grado, más allá de un posible equívoco en el encuadre legal que luego le diera.

El resarcimiento procede, en su extensión no cuestionada, con fundamento también en el art. 1078 del Código Civil.

Este tramo del recurso tampoco puede prosperar.

Voto por la negativa.

El doctor Hitters, por los mismos fundamentos del doctor Roncoroni, votó también por la negativa.

El doctor de Lázzari dijo:

I. En relación al primer agravio planteado por el recurrente, que atañe a la fijación de una renta mensual equivalente a un salario mínimo para atender los gastos periódicos de tratamiento futuro del menor, adhiero íntegramente a los conceptos vertidos por el doctor Roncoroni.

II. En lo que concierne al segundo de los planteos, el vinculado con el otorgamiento de una indemnización por daño moral en favor de los padres, también adhiero al excelente voto del colega que lleva la palabra en el acuerdo. Como él, también considero que en el caso corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, formulando de mi parte consideraciones complementarias.

1°) No es necesario abundar sobre las excepcionales circunstancias del sub lite, en el que —tal como lo pone de manifiesto el colega— se exhibe con extraordinaria nitidez un supuesto en que la solución prevista por la norma aplicable conduce a irrefutable injusticia. Esa inocultable vivencia seguramente ha sido percibida por la Cámara, quien por el atajo de una instalación del problema en el ámbito de la responsabilidad contractual ha entendido posible remontarla. Sin embargo, el enclave es el extracontractual y así, por principio, asiste razón al recurrente en cuanto a que el art. 1078 del Código Civil ha sido quebrantado. Entonces, en ejercicio de la competencia positiva que asiste a este Tribunal (art. 289 del C.P.C.), corresponde resolver el litigio.

2°) Porque, con ser cierto que la norma específica traduce una solución desestimatoria, la función del juez posibilita otro examen. Es el del control de constitucionalidad. Y, como se señala en el pronunciamiento al que adhiero, esa labor no sólo puede sino que debe ser cumplimentada por los magistrados. En ese sentido, la primacía que consagra el art. 31 de la Constitución nacional se complementa, desde la perspectiva local, con la expresa admonición contenida en el art. 57 de la Constitución de Buenos Aires.

En innumerables ocasiones la Corte Suprema de la Nación ha afirmado que la misión más delicada de la justicia es saberse mantener dentro del ámbito de su

jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes, y ha reconocido el cúmulo de facultades que constituyen la competencia funcional del Congreso de la Nación, como órgano investido de poder de reglamentar los derechos y garantías reconocidos por la Constitución nacional con el objeto de lograr la coordinación entre el interés privado y el interés público. Pero también ha expresado que esa afirmación no puede interpretarse como que tales facultades puedan ejercerse desconociendo derechos constitucionales, pues en nuestro ordenamiento jurídico la voluntad del constituyente prima sobre la del legislador (art. 31), por lo que atento las facultades de control de constitucionalidad de las leyes confiadas por la Constitución al Poder Judicial, corresponde que éste intervenga cuando tales derechos se desconozcan (ver "S. c/S. d. S. ", Fallos 308:2268).

Con agudeza, Juan Francisco Linares señalaba sobre el control por interpretación que "cuando el juez decide un caso, y máxime si la cuestión le es planteada por las partes, debe no sólo aplicar la ley que directamente contempla el caso, sino también la Constitución y en general todo el orden jurídico" ("Control de constitucionalidad mediante interpretación", "Jurisprudencia Argentina", 1961-II, p. 94).

3°) Antes de ingresar concretamente a los desarrollos conforme a los cuales estimo inconstitucional la aplicación en el caso del art. 1078 del Código Civil, debo detenerme en una etapa previa. Me veo obligado a ello en función del voto de mi distinguido colega doctor Negri, para quien los padres del niño son lisa y llanamente damnificados directos y por ende su reclamo igualmente encuentra fundamento en el ya citado art. 1078. Esa posición, por cierto respetable, incluso sostenida por un sector de la doctrina, aunque minoritario (Ferreira, Merino y Dichichio, ponencia presentada a las 2as. Jornadas Nacionales del Derecho del Seguro, Villa Giardino, Córdoba, 1988), la estimo sin embargo incorrecta. En su obra "Resarcimiento de daños", t. 2 a, Daños a las personas (integridad psicofísica), Matilde Zavala de González esclarece esta problemática. Damnificado directo es la persona que sufre un daño en calidad de víctima inmediata del suceso. Son damnificados indirectos los demás sujetos distintos de la víctima inmediata, que también experimentan un perjuicio a raíz del hecho. La lesión al interés del damnificado directo es susceptible de menoscabar, además, un interés distinto: el perteneciente al damnificado indirecto. La única diferencia entre ambas clases de perjudicados radica en el modo en que el hecho afecta la esfera del damnificado indirecto: por vía de repercusión o reflejo. Y ello ocurre por mediar una conexión objetiva entre la situación de ese sujeto y la del damnificado directo: el bien o interés de éste satisface también y de

algún modo un bien o interés de aquél (op. cit., ps. 623/624). Zannoni expresa, a este respecto, que es posible hablar de un damnificado indirecto toda vez que por causa de un evento dañoso, quien no fue su víctima inmediata —directa— experimenta no obstante un daño propio en razón de su vinculación o relación con la víctima inmediata ("El daño en la responsabilidad civil", p. 168, cit. por la autora recordada). Asimismo, se difunde que el damnificado indirecto es la persona en quien el acto ilícito incide mediatamente por repercusión del agravio inferido directamente a otra, respecto de la cual aquélla se encuentra vinculada. (Farina, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. V, p. 497, igualmente cit. por Zavala de González).

En rigor, el criterio de considerar a los padres como habilitados para demandar en los términos del art. 1078 del Código Civil confunde el carácter personal o propio del perjuicio con la calidad de damnificado directo, existente sólo en la víctima inmediata del hecho. También los damnificados indirectos padecen un perjuicio propio y personal pero si es de índole moral su resarcimiento aparece vedado por dicha norma (conf. Zavala de González, cit., p. 649).

4°) He anticipado ya mi adhesión a la metodología implementada por el doctor Roncoroni, consistente en formular el control de constitucionalidad del texto legal involucrado a la luz de las particularísimas circunstancias del caso, y también a la conclusión que ese examen arroja, consistente en la incompatibilidad del mismo con la Constitución nacional. En el voto que sigo se constata abierta colisión con la garantía de la igualdad que consagra el art. 16 de la Carta Magna. Ratifico mi concordancia, mas agrego de mi lado que el enfrentamiento también se verifica en relación a otras cláusulas supraleales, aspectos que intento desarrollar en los apartados siguientes.

5°) El art. 19 de la Constitución nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, el alterum non laedere. Ese arraigo constitucional ha sido reconocido por la Corte Suprema de la Nación ("Fallos" 308:1118, 1144, 1109; "El Derecho", 120-649). La violación de este principio naturalmente depara como consecuencia una reparación, que debe ser plena o integral, vale decir justa, porque no sería acabada indemnización si el daño quedara subsistente en todo o en parte (Fallos: 283:213, 223).

Pero con independencia de ese sustento constitucional y paralelamente, esta garantía se encuentra consagrada por los Tratados. Por la vía de lo dispuesto en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, con fuerza y jerarquía superior a las leyes, contamos por de pronto con lo que estatuye el art. 21 punto 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Ninguna persona puede ser

privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa". Paralelamente, el art. 5 del mismo cuerpo supralegal ampara el derecho a la integridad personal al expresar que "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral". Incluso, sostiene el maestro Germán Bidart Campos, que "el derecho privado se ocupa del llamado 'derecho de daños'. Constitucionalmente no es errado hablar de un derecho al resarcimiento y a la reparación del daño, e incluirlo entre los derechos implícitos; el artículo 17 lo ha previsto en materia de expropiación, y surge asimismo ahora del artículo 41 en materia ambiental, a más del caso específico de la reparación por el error judicial, que cuenta con normas en Tratados de Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional" (conf. art. 10 de la Convención Americana) ("Manual de la Constitución Reformada", t. II, Ediar 1997, p. 110); también ha adquirido jerarquía constitucional el derecho a la indemnización por las responsabilidades ulteriores cuando se ha afectado a una persona por medio de la prensa (art. 13 inc. 2 de la referida Convención). En suma a través de estas previsiones el derecho de daños tiene rango constitucional.

6°) Desde otra perspectiva igualmente es descalificable, para el caso, la solución que preconiza el art. 1078 del Código Civil, atento su irrazonabilidad, lo que conforma violación de lo dispuesto en el art. 28 de la Constitución nacional. El art. 14 de la Carta Magna dispone que los habitantes gozan de sus derechos "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio" y el art. 28 establece: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

Se entiende por razonabilidad de las leyes la relación según la cual deben conformar medios aptos para el cumplimiento de los fines estipulados por la Constitución. Si carecen de aptitud para lograr el fin que se propuso esta última, pueden ser descalificadas por carentes de razonabilidad. Los medios adoptados han de ser rectamente apropiados en todas las circunstancias. La reglamentación legislativa no debe ser infundada o arbitraria sino justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido. Lo razonable en sentido jurídico político supone equilibrio, moderación, armonía. Lo razonable, en fin, quiere decir lo axiológicamente válido según las circunstancias del caso, lo oportuno, lo conveniente en función de todos los valores (conf. Linares Quintana, "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", Ed. Alfa, t. III, p. 355 y sgts.).

Ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: "La impugnación de

inconstitucionalidad de las leyes reglamentarias de derechos individuales impone la consideración de su razonabilidad por cuanto, si fueran ellas arbitrarias, alterarían los derechos referidos por vía de reglamentación, en los términos del artículo 28 de la Constitución Nacional" (Fallos: 249:252).

Los perjudicados indirectos poseen acción en la esfera patrimonial (art. 1079). ¿Porqué razón han de recibir un tratamiento distinto respecto del daño moral? En este orden, la preocupación de evitar la multiplicidad de demandas o cadena indiscriminada de reclamos ante un hecho dañoso no puede erigirse en pauta determinante que cercene el derecho constitucional. En todo caso serán los jueces quienes sabrán apreciar y afrontar ese posible desborde litigioso, constatando rigurosamente la reunión de los presupuestos necesarios para la admisión de la responsabilidad y ejercitando activamente sus atribuciones para marginar abusos (art. 1071 del C.C.), o en su caso morigerar equitativamente las indemnizaciones en consideración a la situación patrimonial del deudor (art. 1069, 2º párrafo, C.C.).

III. En definitiva, en los términos expuestos, adhiero al voto del doctor Roncoroni y me pronuncio por la negativa.

El doctor Soria dijo:

1. En lo que interesa destacar, dado el alcance del presente recurso, la Sala II de la Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata, modificó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, acogió la indemnización del daño moral reclamado por los progenitores de la víctima, y estableció en beneficio del menor el pago de una renta mensual equivalente a un salario mínimo a fin de cubrir los gastos futuros de tratamiento (v. fs. 1360/1378).

2. Contra esta decisión se alza el Fisco de la Provincia de Buenos Aires mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de fs. 1384/1392, alegando la existencia de absurdo y la violación de lo preceptuado por los arts. 16, 17 y 18 de la Constitución nacional; 521, 522 y 1078 del Código Civil y 34, 163, 272, 330, 375, 384 y 474 del Código Procesal Civil y Comercial y de la doctrina legal que individualiza.

3. El recurso no puede prosperar.

a. De un lado, comparto las consideraciones formuladas por el doctor Roncoroni en el punto 3 de su voto —al que adhiero en tal parcela— a efectos de rechazar los agravios vinculados a la modalidad establecida por el tribunal de grado a fin de cubrir los gastos periódicos de tratamiento futuro del menor.

b. Del otro, estimo que tampoco puede ser receptada la crítica dirigida contra el resarcimiento del daño moral concedido a los progenitores de la víctima directa del hecho.

i) En sustento de su decisión, el tribunal de la instancia sostuvo que "tratándose en el caso de autos del resarcimiento de los daños ocasionados por el incumplimiento de obligaciones contractuales, no resulta de aplicación el artículo 1078 del Código Civil, sino que el fundamento de la reparación por el perjuicio extrapatrimonial encuentra apoyo normativo en el art. 521 [rectius: 522] del referido ordenamiento legal" (v. fs. 1374 y vta.).

En tal sentido, puntualizó que el citado precepto establece que en los supuestos de indemnización por responsabilidad contractual "el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo a la índole del hecho generador de responsabilidad y circunstancias del caso". Seguidamente, entendió que sobre la base de tal previsión no existían dudas, en la especie, acerca de "la entidad y permanencia del daño moral que han sufrido y seguirán sufriendo los actores, ante el deterioro vital que padece su hijo, producido cuando contaba con apenas cuatro años de edad y la ausencia de ayuda económica" (v. fs. 1374 vta.).

Así, luego de efectuar una detenida reseña de los hechos acaecidos con motivo de la atención médica proporcionada al menor en el hospital público y las secuelas que ello trajo aparejado concluyó que "[e]l solo pensar en las circunstancias de autos revela la existencia de un sufrimiento profundo y sucesivo que los padres conllevan de por vida y amerita ser de alguna forma restañado con una satisfacción económica..." admitiendo en consecuencia el daño moral reclamado por los progenitores (arts. 521 del C.C.; 165, 330, 375, 384 y 474 del C.P.C.C.) (v. fs. 1375).

ii) La decisión de la instancia anterior encontró fundamento en lo normado por el art. 522 del Código Civil, por un razonamiento que el Fisco provincial no ha controvertido con eficacia ante esta casación.

En efecto, arguye el accionado que resulta inaplicable al caso el citado precepto que regula la reparación del agravio moral en los supuestos de responsabilidad contractual, puesto que toda vez que la pretensión debatida en la causa reviste naturaleza extracontractual ha de estarse a las reglas establecidas en el art. 1078, cuya actuación ha sido erróneamente descartada por la alzada (v. fs. 1388/1390).

A todo evento, señala que "aun en la hipótesis de que se considere a la presente litis inmersa en el ámbito de la responsabilidad contractual del Estado, tampoco es aplicable... el art. 522 invocado en la sentencia recurrida". Ello así, por cuanto —a su juicio— "si se accede al daño moral peticionado por los padres, se estaría indemnizando doblemente un mismo perjuicio. En primer lugar al damnificado directo, el menor víctima del hecho, y en segundo lugar a los padres, en calidad de damnificados indirectos, circunstancia que no está permitida en la legislación vigente" (v. fs. 1390 vta./1391).

iii) Tales embates no pueden ser acogidos.

Del cotejo de las presentes actuaciones surge que, en oportunidad de contestar la demanda, el Fisco sostuvo la naturaleza contractual de la responsabilidad médica imputada a su parte (v. fs. 131 y vta.) Por otra parte, tal fue el encuadre legal asignado al caso por el señor juez de origen (v. fs. 1240 vta. de la sentencia de primera instancia), aspecto que no mereció réplica alguna del ahora recurrente (v. expresión de agravios de fs. 1309/1314). Para más, si bien la parte actora cuestionó ante la alzada que la responsabilidad fuera exclusivamente enmarcada en dicho ámbito (v. fs. 1296/1305), su queja fue desestimada por juzgar el a quo que "carecía de la entidad necesaria como para constituir agravio en los términos del art. 260 del Código Procesal Civil y Comercial" (v. fs. 1367 y vta.), tramo de la decisión que tampoco fue rebatido.

Siendo ello así, los argumentos esgrimidos en esta instancia extraordinaria por el Fisco de la Provincia de Buenos Aires —quien, reitero, oportunamente afirmó la naturaleza contractual del reclamo articulado en su contra y consintió la decisión que sobre el punto adoptara el juez de primer grado— son fruto de una reflexión tardía (cfr. C.S.J.N., Fallos: 306:111; 307:770, 311:2247, 321:1052) y —por tanto— resultan ineficaces para habilitar la vía intentada.

Descartada entonces la crítica ensayada con apoyo en la naturaleza extracontractual y consecuente aplicación al sub examine de los límites fijados en el art. 1078 del Código Civil pregonada por el quejoso, deviene innecesario ingresar al análisis de la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil propiciada por mis distinguidos colegas.

iv) Restan por examinar los restantes fundamentos mediante los cuales se pretende revertir el acogimiento del daño moral de los progenitores del menor.

A fs. 1390 vta. el codemandado aduce que aun cuando se interpretara que la

pretensión articulada debe dilucidarse bajo la órbita contractual, tampoco resultaría de aplicación el art. 522 actuado por el tribunal. Empero, los agravios que seguidamente desarrolla no sólo no se ocupan de evidenciar los motivos por los que debería ser descartado dicho precepto, sino que resultan contradictorios con lo sostenido a fs. 1388 de su recurso, en donde señala que "el art. 522 rige la reparación del agravio moral en los supuestos de responsabilidad contractual".

Para más, si bien el recurrente alega que la indemnización del daño moral puede ser reconocida exclusivamente en beneficio del damnificado directo —en la especie, el menor— y no de quienes revisten el carácter de damnificados indirectos —esto es, sus progenitores— omite explicitar las razones de su aserto. En este sentido, vale puntualizar que resulta harto insuficiente la genérica referencia a que tal resarcimiento "no está permitid[o] en la legislación vigente" (v. fs. 1391), sin siquiera precisar qué normas concretas avalan tal aseveración.

No altera tal conclusión la circunstancia de que la Cámara, al momento de fundar el rubro "daño moral" a favor del menor, hubiera citado el art. 1078 del Código Civil, pues este segmento del pronunciamiento de grado no ha sido materia de agravios ante esta Corte.

En síntesis, a tenor al modo en que resolvió la alzada la cuestión referida al resarcimiento del daño moral reclamado por los progenitores, las objeciones que opone el recurrente devienen inidóneas a fin de evidenciar la contrariedad legal alegada, sellando así la suerte adversa de su recurso (art. 279 su doct. del C.P.C.C.).

4. Por las razones apuntadas, que estimo suficientes para resolver el rechazo del remedio aquí planteado, voto por la negativa. Con costas al vencido (arts. 68 y 289 del C.P.C.C.).

La doctora Kogan, por los mismos fundamentos del doctor Soria, votó también por la negativa.

El doctor Genoud, por los mismos fundamentos del doctor Roncoroni, votó también por la negativa.

El doctor Pettigiani dijo:

Debiéndose tener presente la opinión vertida ya por el suscripto (Ac. 72.067 del 19-II-2002; Ac. 79.514 del 13-VIII-2003; Ac. 84.389 del 27-IV-2005; Ac. 88.940 del 18-V-2005 y Ac. 77.960 del 14-VI-2006) en cuanto a que la relación del Estado a

través del hospital público con el paciente y la relación médico-paciente, se desenvuelven en el ámbito del derecho público-derecho constitucional y/o administrativo (arts. 75 incs. 19 y 23, Constitución nacional y 36 inc. 8 de la Constitución bonaerense), y consecuentemente la responsabilidad se encuadra en el régimen extracontractual, adhiero al voto del doctor Roncoroni, así como a los fundamentos adicionales en apoyatura de dicha solución, propiciados por el doctor de Lazzari en los puntos 5° y 6° de dicho voto. Por todo lo expuesto, voto por la negativa.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el Subprocurador General, por mayoría de fundamentos, se rechaza el recurso extraordinario interpuesto; con costas (art. 289, C.P.C.C.).— Francisco H. Roncoroni.— Héctor Negri.— Juan C. Hitters.— Eduardo N. de Lazzari.— Daniel F. Soria.— Luis E. Genoud.— Hilda Kogan.— Eduardo J. Pettigiani.



© La Ley S.A

**Título:** Acerca del daño moral de las personas sin **discernimiento**: la trascendencia del rol de los jueces en el derecho de daños  

**Autor:** Ritto, Graciela B.

**Publicado en:** DJ 06/08/2008, 947 - DJ 2008-II, 947

**Fallo comentado:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H (CNCiv)(SalaH) ~ 2007/10/26 ~ Gaitán, Gladys Esther y otro c. Zaeta, Pablo Javier y otros

**SUMARIO:** I. La postura del Tribunal en lo relativo a la cuantificación del daño moral.- II. El concepto de daño moral: el punto de partida para el análisis que nos ocupa.- III. El debate doctrinario.- IV. La Jurisprudencia abordando la temática.- V. Reflexiones finales sobre la relevancia del fallo.- VI. Bibliografía.

#### I. La postura del Tribunal en lo relativo a la cuantificación del daño moral

En primer lugar, nos referiremos a la solución adoptada por la Cámara a los efectos de cuantificar el daño moral de la persona sin **discernimiento**, problemática que ha sido y sigue siendo objeto de amplios debates doctrinarios.

Y si bien la doctrina mayoritaria en la actualidad, reconoce su resarcimiento, no menos cierto es que muchos consideran que las personas sin **discernimiento** no pueden sufrir y por ende son incapaces de padecer daño moral.

La tesis negativa del daño moral en los niños, en los insanos o en las personas descerebradas o inconcientes parte de un concepto de daño moral que se basa en su exteriorización, es decir en las consecuencias de la acción lesiva y en la comprensión de las mismas, dejando de lado la transgresión misma, la lesión a los derechos inherentes a la personalidad.

Parece creer que para sufrir se requiere **discernimiento** en el sentido del artículo 900 del Código Civil como requisito de un hecho voluntario pero el **discernimiento** se refiere a la persona considerándola como agente y se limita a la esfera intelectual y el daño moral afecta a un sujeto pasivo, víctima del obrar ajeno y afecta la esfera volitiva y afectiva.

Y estamos convencidos de la equidad de la solución adoptada por la Cámara en el sub lite y de su trascendencia en pos de dinamizar el derecho de daños para una eficaz protección de los derechos de la persona, en especial, en el caso, de la niñez.

El menor víctima de un accidente de tránsito debe recibir una indemnización por el daño moral padecido aún cuando no cuente con **discernimiento**, porque tal como sostiene la Cámara: *"... la falta de comprensión del dolor propio y de su origen, en*

*modo alguno pueden ser tomados en consideración para excluir su existencia, toda vez que la pena y la angustia padecidas no son sino formas posibles de exteriorización del daño moral, pero no hacen a su esencia, máxime cuando éste se configura con el sólo disvalor subjetivo producido, determinado por la comparación entre la situación que la víctima tenía antes y después del hecho dañoso...".*

En idéntico sentido y siguiendo la postura de la distinguida jurista Zavala de González, el Tribunal agrega: *"... para sufrir en sentido psíquico, es decir, para ver afectada la propia sensibilidad o alterado el equilibrio afectivo de la persona, no es preciso tener conciencia, saber o conocer. La falta de comprensión del propio dolor y de su origen no excluye su existencia. Para la configuración del daño moral debe bastar con dicho sufrimiento, aunque el sujeto no tenga conciencia de él..."*.

Y esta solución jurídica no sólo se condice con el enfoque vigente del derecho de daños que protege a la persona de todo daño injustamente causado y con el principio del *alterum non laedere* consagrado por el artículo 19 de nuestra Carta Magna sino también con los lineamientos de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño, aprobada por ley 23.849 (Adla, L-D, 3693).

## **II. El concepto de daño moral: el punto de partida para el análisis que nos ocupa**

*Daño Moral:* Tal como señala el Dr. Alberto Bueres: *"El daño moral es el menoscabo o pérdida de un bien –en sentido amplio– que irroga una lesión a un interés amparado por el derecho de naturaleza extrapatrimonial.* Dicho interés tiene un contenido puramente espiritual.

Asimismo explica que: *"... El daño moral –cuando menos en una acepción primaria o pura– es la lesión a un interés jurídico espiritual (o extrapatrimonial) que ha de ser reparado a tenor de su contenido estrictamente subjetivo (o espiritual). Por de pronto hemos puesto el acento en los intereses a seleccionar por el intérprete (y no en los bienes -o derechos-, o en las consecuencias al menos y en lo que a estas consecuencias respecta para categorizar la figura). Esos intereses han de ser jurídicos (amparados por el Derecho). En otros términos, ha de tratarse de intereses que es de justicia reparar... La juridicidad que predicamos no se detiene en la positividad de la norma, sino que apunta al ordenamiento como totalidad (a todas las fuentes del derecho como expresión de lo justo). Va de suyo que, dentro de un amplio sistema de atipicidad del daño, han de tener cabida los llamados intereses de hecho o intereses simples en tanto y en cuanto ellos sean serios y lícitos, pues el reconocimiento de dichos intereses es un reclamo de la equidad y de*

la solidaridad social. El interés conculcado ha de ser espiritual (o extrapatrimonial) En corolario de la afirmado precedentemente, el daño moral debe tener un contenido subjetivo o, con arreglo a otras miras, debe tener consecuencias espirituales...".

Zavala de González al referirse al concepto de daño moral, explica que acorde con esta teoría, *el daño moral consiste en el menoscabo a un interés extrapatrimonial, sea patrimonial o extrapatrimonial el bien lesionado.*

Compartimos los conceptos de nuestro maestro, el Dr. Bueres, que al conceptualizar el daño moral pone el acento en el menoscabo o pérdida de un bien que provoca una lesión a un interés de naturaleza extramatrimonial. Esa lesión está amparada por el derecho sin requerirse para dicha protección en modo alguno el **discernimiento**.

Lo que protege el derecho y lo que por ende se debe resarcir, no es el sufrimiento sino el menoscabo de un bien que irroga una lesión a un derecho extramatrimonial, sin perjuicio de lo cual, el daño indudablemente tendrá un contenido espiritual.

*Esta concepción objetiva del daño moral* es la que nos conduce al reconocimiento del mismo en las personas sin **discernimiento**, que tienen derechos extramatrimoniales, independientemente de su incapacidad transitoria o permanente.

Este es el punto de partida y también el de llegada a la necesidad de la reparación cuando se ha provocado un menoscabo a un bien de naturaleza extrapatrimonial de una persona sin **discernimiento**.

Las consecuencias de ese menoscabo pueden internalizarse o no, pero el equívoco está en considerar que lo que el derecho pretende reparar es "el sufrir" y no el "perjuicio al derecho lesionado".

El sufrir es la manifestación del perjuicio pero el perjuicio existirá independientemente de su exteriorización y comprensión, en las personas sin **discernimiento**.

Tal como explica Zavala de González sufrir en sentido jurídico es soportar un daño espiritual, lo que trasciende ampliamente la órbita de las efectivas sensaciones afectivas de la persona.

Y considerar que un niño no sufre es deshumanizar el rol del derecho de daños y desconocer sus objetivos actuales.

En esta inteligencia, el Dr. Pedro Iribarne destaca que: "...es indudable que los avances de la psicología han revelado definitivamente la virtualidad nociva de estigmas físicos suscitados en los primeros meses de vida, que opera y subsiste a veces a lo largo de toda la existencia...".

### **III. El debate doctrinario**

La tesis negativa del daño moral en las personas sin **discernimiento**:

Orgaz sostiene la imposibilidad de indemnizar a los niños y a los dementes el dolor moral, pues a su juicio, ni unos ni otros perciben penurias de esta índole.

En el mismo sentido dice Da Silva: "... ¿Cómo se puede hablar del sufrimiento íntimo de un imbécil o de un idiota en virtud del homicidio de un pariente próximo? ¿Cómo justificar el resarcimiento del daño espiritual de quien carece de comprensión suficiente para calibrar la entidad del agravio? ¿Cómo reparar el dolor, la pena, el sufrimiento moral de quien, por distintas razones, no puede sentirlo?

La tesis positiva del daño moral en las personas sin **discernimiento**:

Brebbia expresa que los incapaces de hecho como los menores y alienados pueden convertirse en sujetos pasivos del agravio moral analizando que lo que caracteriza jurídicamente a los daños extrapatrimoniales no es ese sufrimiento de carácter particular al que se alude, sino la violación de algunos derechos inherentes a la personalidad de un sujeto. Agrega que un menor de diez años tiene derecho a la vida, a la integridad física, posee un honor y está unido por afectos reconocidos por el derecho con otras personas, por lo que cualquier lesión que sufra injustamente en dichos bienes o presupuestos personales originará un agravio moral que hará nacer, a su vez, el derecho a obtener una reparación.

A su vez, el Dr. Zannoni también replica a Orgaz y manifiesta que: "la indemnización del daño moral es satisfactiva de un interés extramatrimonial que ha sufrido afrenta, agravio y lo sufre el menor de escasa edad y el demente, en igual medida que un mayor de edad o un cuerdo y el resarcimiento en estos casos no debe considerarse como un modo de sentir el agravio, sino como resarcimiento objetivo a un bien jurídico que también se atribuye a los incapaces".

En la misma línea de pensamientos, la Dra. Zavala de González argumenta con claridad meridiana que. "...El daño moral no reside sólo en lo que el sujeto realmente siente y agrega que la misma pérdida de la capacidad de sentir o experimentar que el hecho pueda haber producido, físicamente (parálisis) o además

en la esfera síquica (estado de vida vegetativa o descerebración) significa la privación de un estado o de cualquier estado anímico valioso y deseable y, por ello, ocasiona daño moral ...".

Y precisamente el Tribunal ha seguido el pensamiento de la prestigiosa jurista en sus fundamentos, así como también el criterio jurídico plasmado por el Dr. Ramón Pizarro, quien es el que ha considerado que: "...el disvalor subjetivo que se produce en la persona está más allá de lo que siente, se proyecta sobre su espiritualidad, quebrantándola y ese disvalor que se determina por comparación entre la situación que la víctima tenía antes y después del hecho dañoso, alcanza para configurar el daño moral...".

Y también es importante resaltar que las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1984) se han pronunciado en sentido favorable al reconocimiento del daño moral de las personas sin **discernimiento**.

En dichas Jornadas, se concluyó que: "Es indemnizable el daño moral causado a personas que carecen de **discernimiento** (doctores Bueres, Pizarro, Chiapero de Bas, Junyent de Sandoval Luque, Lloveras de Resk, Vázquez Ferreyra, Mosset Iturraspe, Stiglitz y Zavala de González).

#### **IV. La Jurisprudencia abordando la temática**

Queremos destacar algunas, de las numerosas soluciones jurisprudenciales a la temática, que receptan favorablemente el resarcimiento del daño moral de las personas sin **discernimiento**:

"Si bien existen opiniones doctrinarias que sostienen que quienes carecen de **discernimiento** no pueden padecer daño moral, por la ineptitud para soportar las consecuencias espirituales en que el daño consiste, no obstante se ha señalado que aún cuando se adopte tal perspectiva, es evidente el error de requerir "**discernimiento**" para experimentar "sufrimiento". (CCiv y Com. Mercedes, Sala I, 29/2/96). ED 30-377.

"Para la configuración del daño moral basta el sufrimiento, aun cuando el sujeto no tenga conciencia de él. Así resulta subjetivo y discriminatorio sostener que un oligofrénico no pueda "sentir" la pérdida de su madre que lo visitaba periódicamente en el establecimiento que se encontraba internado". (C7a Civ y Com. Córdoba, 20/6/95, LLC, 1995–1009).

"La subjetividad de las personas sin **discernimiento**, no es incompatible con la

naturaleza del daño moral, aún cuando el mismo se manifieste en condiciones anímicas. La ausencia de **discernimiento** no excluye la posibilidad de ser víctima de un daño moral" (C7a Civ y Com. Córdoba, 20/6/95, LLC, 1995-1009).

"Sufrir no es sólo sentir un dolor físico o espiritual sino también soportar un daño. La subjetividad de las personas sin **discernimiento** no es incompatible con la naturaleza del daño moral, aunque éste se manifieste en consecuencias anímicas. La ausencia de **discernimiento** no excluye esa posibilidad, puesto que para sufrir, en sentido psíquico, es decir, para ver afectada la propia sensibilidad, o alterado el equilibrio afectivo de la persona, no es preciso saber o conocer. No por falta de comprensión del propio dolor y de su origen deja éste de existir; por lo tanto, para la configuración del daño moral basta dicho sufrimiento, aunque el sujeto no tenga conciencia de él. CNCiv, sala M, 19-3-96, "Segura Godoy, Sergio Adrián c/Hagelin, Axel Iván y otro s/Daños y perjuicios").

#### **V. Reflexiones finales sobre la relevancia del fallo**

El Tribunal, en el sub lite, se destaca por la fundamentación fáctica y jurídica de la solución adoptada, al reconocer el daño moral padecido por una menor de 22 días.

De allí, la relevancia del fallo, que sintetiza las corrientes más importantes sobre el tema y prioriza el rol del Derecho de Daños avanzando hacia el camino de protección de derechos de la niñez. Protección que como ya hemos señalado anteriormente, no puede quedar en las meras declaraciones de principios que la consagran legalmente.

Compartimos el criterio jurídico adoptado y deseamos resaltar algunos conceptos que nos parecen esenciales:

La concepción objetiva del daño moral es el punto de partida y de llegada al reconocimiento del mismo en las personas sin **discernimiento**, sin desconocer su contenido subjetivo.

Ese daño, se configura, en este caso, tal como sostiene el Tribunal, siguiendo al Dr. Pizarro, en el disvalor que se determina por comparación entre la situación que la víctima tenía antes y después del hecho dañoso.

Exigir **discernimiento** para padecer daño moral es partir de un concepto del mismo que se centra en las consecuencias del daño y no en el daño mismo.

Desconocer el agravio moral en los incapaces es deshumanizar el derecho de daños y apartarnos de los principios de equidad que lo rigen en la actualidad.

Por todo ello, pensamos que el fallo demuestra, una vez más, la trascendencia del rol de los jueces en el derecho de daños y especialmente, en el caso, en la tutela de los derechos de la niñez, y sin lugar a dudas, este es el punto de partida y de llegada para la concreción del espíritu esencialmente tuitivo de esta rama del derecho.

## **VI. Bibliografía**

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, "Resarcimiento de Daños", 2° ed, Buenos Aires, Hammurabi, 1993, vol. 2ª.

BUERES, Alberto. "El daño moral y su relación con las lesiones". Revista de Derecho Privado y Comunitario, 1 (1994): 237 – 268.

IRIBARNE, Héctor Pedro, "De los Daños a las Personas". 1° reimpresión corregida, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1995.

ORGAZ, Alfredo, "El daño resarcible", 3° ed, Ediciones de Palma, Bs.As, 1967.

SILVA, Wilson Melo da, O dano moral e sua reparacao, 3° ed, Forense, Río de Janeiro, 1983.

BREBBIA, Roberto H. "El daño moral". Doctrina – Legislación – Jurisprudencia. Precedido de una Teoría Jurídica del Daño. Ed. Bibliográfica Argentina, Bs.As.

ZANNONI, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil". 2° ed. Actualizada y ampliada, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, 1993.

PIZARRO, Ramón Daniel, "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho". Colección Responsabilidad Civil, vol 17, Hammurabi, 2000.

STIGLITZ, Gabriel A. - GANDOLFO DE STIGLITZ, Ana, "Resarcimiento del daño moral, Civil, Comercial y Laboral", Selección de Jurisprudencia. Editorial Juris, Rosario, Prov de Santa Fe, marzo de 1999.

BARBADO, Patricia Bibiana, "Daño Moral". Actualización de Jurisprudencia (Justicia Nacional), Daño Moral, 6, Revista de Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni Editores, 1999.

**Acerca de la legitimación activa para reclamar daño moral de los  
hermanos como damnificados indirectos**

**Un fallo que se aproxima al reconocimiento: “A. H. M. y Otros c Q.C. y  
Otros/ Daños y Perjuicios” de la Cámara de Apelación en lo Civil y  
Comercial Departamental, Sala II de Azul**

Hechos: Tres personas que viajaban sentadas en sillas plásticas dentro de la cabina de un vehículo de carga, sin tener colocados los cinturones de seguridad, murieron a raíz del accidente de tránsito ocurrido cuando un camión invadió el carril contrario. Primera instancia hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios entablada y declaró como únicos responsables al conductor del camión embistente y a su empleador y rechazó el daño moral reclamado por los hermanos de una de las víctimas. La Cámara confirmó la sentencia apelada.

**Algunas reflexiones iniciales:**

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul sostuvo que:”...Es improcedente la indemnización en concepto de daño moral reclamada por el hermano de quien falleció en un accidente de tránsito pues, conforme a lo previsto en el art. 1078 del Código Civil sólo la víctima tiene derecho a ser resarcida por daño extrapatrimonial y en caso de muerte ese derecho recae en los herederos forzosos, carácter que no revisten los hermanos...**Sólo una vez que en concreto se pruebe la existencia del daño moral del hermano de la víctima fatal, podría invalidarse la exclusión legitimatoria que prevé el art. 1078 del Código Civil...** (el resaltado nos pertenece).

Por cierto, los hermanos son herederos legítimos, aunque no legitimarios o forzosos, y en nuestra opinión, además legitimarios potenciales. Son legítimos en el sentido de que tienen su herencia deferida por la ley, en caso de no existir legitimarios, siendo la sucesión intestada, y pueden ser excluidos por testamento a diferencia de lo que sucede con los legitimarios.

Creemos que sólo desde una concepción atomística de la familia se puede sostener que en caso de muerte de la víctima, no estén afectados por reflejo o rebote los hermanos, como damnificados indirectos que sufren un menoscabo en sus intereses espirituales o extrapatrimoniales.

No se puede negar la existencia de ese menoscabo ni desde lo jurídico (aunque se sostenga que se trata de un daño de hecho no resarcible) en virtud de la existencia de Tratados Internacionales que protegen a la familia y postulan la reparación integral del daño ni desde lo axiológico dado que dicha acción les es reconocida para reclamar daño patrimonial, de conformidad con el art. 1079 del CC.

En esa inteligencia, la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Martín confirmó la sentencia de 1ª instancia que había reconocido el daño moral de la medio hermana del causante “**ante una lesión afectiva incuestionable** (art. 1078) de quien se muestra como heredero – en principio de la víctima” ( causa Ac. 82.245, “A. J. A contra Palavecino, Oscar A. y otros / daños y perjuicios). En honor a la verdad, luego la Suprema Corte de Provincia revocó la sentencia en lo que fue materia de impugnación y rechazó la procedencia del daño moral de la medio hermana por no ser heredero forzoso en los términos del art. 1078 del CC.

El control de constitucionalidad del art. 1078 (efectuado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Bs. As en la causa 85.129, “C.L.A. y Otra c. Hospital de Agudos General M. Belgrano y otros s/ daños y perjuicios” y por la Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata en los autos “Camargo, Mónica y otro c. Lima, Roberta y otra”) no puede ignorar las transformaciones sociales en palabras de la CSJN (Fallos 211:162) para la defensa de la Constitución Nacional.

No se puede desconocer el sentido inequívoco de la restricción del art. 1078 en lo concerniente a la legitimación activa de los damnificados indirectos pero tampoco se puede comprender que en el caso concreto no se haya probado la existencia del daño moral del hermano.

¿Qué circunstancias excepcionales requieren su acreditación?. ¿Las que enuncia la eximia jurista Zavala de González (en 1993, 385), a saber: alguna positiva e íntima relación afectiva, con supeditación al juicio del magistrado; por ejemplo, ausencia de otros familiares más cercanos, convivencia, recíproco apoyo material y espiritual antes del hecho?.

No se ha argumentado, a nuestro juicio, porqué no están configuradas esas circunstancias excepcionales, aunque su valoración dependa del juez, y a más de ello, pensamos que la declaración de inconstitucionalidad de la norma peticionada por las partes no excluiría el daño moral de la abuela, en su carácter de heredero forzoso potencial porque no sería su objetivo restringir aún más la legitimación, privando el derecho a la indemnización que en la actualidad está ampliamente reconocida.

Es que los legitimados para reclamar no se excluyen unos a otros, sino que concurrirían en el ejercicio de la acción, de modo analógico a lo que ocurre en el ámbito patrimonial.

Y aún así, **el fallo refleja una visión superadora** de las corrientes doctrinarias que defienden a ultranza el espíritu de la norma (Aída Kemelmajer de Carlucci, Jorge Mayo, entre otros).

Y por ello, deseamos detenernos en su análisis, que reproduce las distintas corrientes sobre la materia.

### **Análisis del fallo de la Cámara 2ª de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental de Azul, del 29 de abril de 2008:**

En primera instancia se declaró que los hermanos carecían de legitimación para reclamar daño moral, con costas por su orden.

La Cámara realizó un estudio pormenorizado de la doctrina y jurisprudencia relativa a la materia que nos ocupa.

En primer lugar, se refirió con contundencia al supuesto de la abuela. En ese aspecto manifestó que: “El art. 1078 Cód. Civil confiere legitimación para reclamar daño moral en ilícitos extracontractuales sólo al damnificado directo y, en caso de muerte de la víctima a sus herederos forzosos, excluyendo a los damnificados indirectos. En la actualidad, y conforme lo decide el fallo atacado **no hay discrepancia sobre la legitimación de los abuelos (como herederos forzosos potenciales), que es también la postura asumida por la Corte Nacional en un precedente en que se admitió el daño moral de la abuela y rechazó el de la tía porque es pariente colateral** (el destacado es nuestro) (CS, 9/12/1993, G.O. de G.F.A. y otra c. Provincia de Buenos Aires y otros, La Ley, 1994 – C, 546...”

A continuación el Tribunal reseña precedentes judiciales que en circunstancias de excepción y con un criterio amplio, pese a la prohibición del art. 1078 del CC admitieron el daño moral de los damnificados indirectos.

Así ejemplifica el supuesto en que se otorgó legitimación al esposo por las lesiones sufridas por su cónyuge en un accidente de tránsito (CNCiv, Sala E, 19/2/76, “Quadri Martín c / Ivanoff Ivan D”).

También menciona el caso en que se indemnizaron las afecciones personales que sufrieron los padres de la víctima como consecuencia de la lesión padecida por su hijo menor – amputación de la pierna (Cám. Nac. Com., Sala C, 23/06/2006, “Alí, J.P. c H.A.)

Asimismo la Cámara recuerda que en otros supuestos, particularmente en casos de mala praxis, se recurrió al encuadre contractual de la relación jurídica para admitir el daño moral de los padres además del que sufrió la menor discapacitada (Cám. Nac. Civ, Sala C, La Ley 1998 – A, 405, entre otros.)

Se decidió entonces que cuando los progenitores contratan con un médico o clínica no lo hacen exclusivamente a nombre o representación de éste último, sino por un interés propio, por lo que la relación es contractual.

Luego la Cámara menciona al leading case la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que consagró la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC y que hemos comentado oportunamente (causa 85.129, 16 de mayo de 2007, LLBA, 2007, 869).

Y asimismo indica un fallo del Tribunal de Justicia de Jujuy que también declaró la inconstitucionalidad de la norma que nos ocupa y reconoció el derecho de indemnización de la hija por discapacidad de la madre que sobrevive. (el Dial AA38A1).

Cabe señalar que la doctrina de la Sala II es otra y en otro antecedente se le había negado legitimación al hermano decidiéndose que las circunstancias del caso no eran suficientes para un abordaje oficioso de su eventual inconstitucionalidad. (causa 47.221, 17/12/2004, LLBA, 2005,68).

Finalmente, y después de realizar una detallada reseña de las posturas doctrinarias que avalan el criterio amplio para el reconocimiento de la legitimación activa de los damnificados indirectos y de señalar también las corrientes que adhieren al sentido literal del art. 1078, la Cámara manifiesta que: "...De todo lo expuesto se deduce que la regla general y abstracta contenida en el art. 1078 que no admite la legitimación activa de los hermanos como damnificados indirectos no es incompatible con la Constitución Nacional; y la regla especial que podría en casos particulares, determinar en concreto su inconstitucionalidad requiere de un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso... (la edad y las relaciones afectivas de los hermanos, la convivencia entre sí, la existencia o no de otros hermanos, los especiales vínculos de unión y a mayor abundamiento los que postula Iribarne para otra significación: el rol económico del hermano de acuerdo con la situación económica de la familia, los roles vicarios de hermanos mayores en caso de muerte o abandono materno, la dependencia de hermanos enfermos o discapacitados respecto de hermanos/as con autonomía económica, la dependencia de hermanas solteras o viudas, la dependencia recíproca de hermanos adultos o ancianos en general solteros o carentes de autonomía

familiar, la interdependencia surgida de la integración de empresas familiares)...”

Como corolario, el Tribunal afirma que “...sólo una vez que en concreto se pruebe la existencia del daño moral del hermano podría - en proceso de razonamiento judicial argumentativo inverso – invalidarse la exclusión legitimatoria que prevé el art. 1078 del Cód Civil. No es éste, el caso de autos en el que no se alegaron ni probaron circunstancias excepcionales que viavilicen una evidente y grosera oposición a la Constitución Nacional y Provincial. Lo expuesto conduce a confirmar el fallo recurrido que denegó la declaración de inconstitucionalidad...”.

Nos preguntamos acerca de si ninguna de esas circunstancias excepcionales se configuró en autos y sobre todo las primeras invocadas en la argumentación: edad y relaciones afectivas de los hermanos, convivencia entre sí.

Si bien, no compartimos integralmente la solución adoptada, la celebramos. Y ello así porque se aproxima al reconocimiento de la indemnización del daño moral del hermano, evaluado en el caso concreto.

Estamos convencidos de que la argumentación justificatoria del fallo es destacable, aún negando la procedencia del control de constitucionalidad de la norma y que está basada esencialmente en las ideas de la eximia jurista Zavala de González.

Zavala de González (en 1993, 385) expone que :“No propugnamos que el hermano u otro pariente sobreviviente pueda invocar un daño moral resarcible en cualquier hipótesis, pero sí de concurrir alguna positiva e íntima relación afectiva, con supeditación al juicio del magistrado; por ejemplo, ausencia de otros familiares más cercanos, convivencia, recíproco apoyo material y espiritual antes del hecho, etc...”.

## **El reconocimiento de la legitimación activa de los hermanos como damnificados indirectos en el derecho comparado:**

El código de Portugal, en caso de homicidio, reconoce el derecho de reparación del agravio moral, en conjunto, al cónyuge no separado judicialmente de persona o bienes y a sus hijos y otros descendientes y a falta de éstos a los padres u otros ascendientes y por último a los hermanos o sobrinos que los representen (art. 496, apart. 2º).

Los hermanos Mazeaud Henri y Léon y Tunc, André (en 1961, 424) puntualizan que el art. 1382 del Código civil francés, en la esfera delictual y cuasidelictual regula que: “Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual ha sucedido”, por lo que afirman que el precepto está concebido en los términos más generales que cabe, “un daño puede ser tanto un daño moral como un daño pecuniario”.

Hablan, a continuación, del Proyecto de Código francoitaliano de las obligaciones y de los contratos que en el párrafo 3º de su art. 85 reconoce como legitimados, en el caso del pesar por la muerte de la víctima, a los parientes consanguíneos, afines o al cónyuge y dudan de su carácter limitativo.

Lo cierto es que en el derecho positivo francés, no hay ningún precepto legal que resuelva la temática de la legitimación activa para reclamar la indemnización por daño moral.

Los prestigiosos juristas explican que sólo se puede citar la ley del 8 de junio de 1895 (art. 446 del Cód. de instrucción criminal) que en una hipótesis diferente, cual es la del error judicial, declara que las únicas personas que pueden alegar daño moral fuera de la víctima, son su cónyuge, sus descendientes y sus ascendientes, y los demás sólo pueden requerir perjuicio material.

Los doctrinarios franceses rechazan las teorías restrictivas que proceden de una confusión entre el perjuicio material y el daño moral y declaran que: “...Así

como no cabría reservarle la acción de indemnización tan sólo a los parientes consanguíneos y afines que sean acreedores de alimentos (que es el sistema del art. 1237 del código civil austríaco), no se podría reservarla para los parientes consanguíneos y por afinidad muy próximos (cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos y hermanas, suegros y suegras, yernos y nueras (que es el sistema adoptado por el art. 166 del código de las obligaciones de la República de Polonia); ni a los parientes en grado de suceder...”.

Los hermanos Mazeud y Tunc **propugnan que la reparación no se limita a una u otra de esa categorías y es susceptible de afectar a cualquier persona y en cuanto al peligro de la multiplicidad de acciones de resultas de un accidente mortal, el freno estaría dado por la acreditación del pesar padecido** (el resaltado es nuestro).

### **Jurisprudencia que ha reconocido la legitimación activa de los hermanos**

En el leading case Santa Coloma, la Cámara Civil y Comercial Federal, el 10 de abril de 1984, reconoció la legitimación del hermano en concurrencia con los padres. (la Corte Suprema de Justicia no se pronunció sobre dicho aspecto dado que no fue controvertido).

Posteriormente, la Cámara Nacional Comercial, Sala D, el 29 de setiembre de 1995, en los autos “Pinti de Navarro, Margarita Ana y otro c / Luis Roberto Torres sobre daños y perjuicios, aseveró que: *“Corresponde asignar una interpretación amplia a la mención de herederos forzosos que hace el art. 1078 del cód. civil, de modo que alcance a todos aquéllos que son legitimarios potenciales, aunque - de hecho - pudieran quedar desplazados de la sucesión, por concurrencia de herederos de mejor grado. Cuando del hecho resulte la muerte de la víctima, los herederos forzosos legitimados para reclamar la indemnización, no sólo son los de grado preferente de acuerdo al orden sucesorio...”*. (E.D., T 166, 111).

Asimismo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, Sala III, en los autos “T.D.c Estado Nacional y otros”,

siendo la víctima un desaparecido del proceso militar y del terrorismo de Estado que devastó a nuestro país, proclamó el 9 de febrero de 1996 que: *“...No procede el agravio referido a la falta de legitimación del actor – hijo y hermano de los desaparecidos – para reclamar el daño moral, pues las víctimas no pueden presentarse a iniciar el pleito. **Lo expuesto lleva a interpretar la norma del art. 1078 del Cód. Civil en concordancia con el sistema general de ese Código** (es nuestro el resaltado). (La ley, 1996, C, 438).*

### **La legitimación de los hermanos como damnificados indirectos en los proyectos de reforma del Código Civil:**

El Proyecto de Código Unico de 1987 no propuso modificación alguna en la materia que nos ocupa.

El Proyecto de la Comisión designada por decreto 468/92 (Belluscio, Bergel, Kemelmajer de Carlucci, Le Pera, Rivera, Videla Escalada y Zannoni) regula en el art. 1596 la legitimación activa por daño moral y dispone que: “...Si del hecho dañoso hubiese resultado la muerte de la víctima están legitimados, el cónyuge, ascendientes, descendientes, y las personas que convivían con ella al tiempo del hecho...”.

Según Pizarro, (en 2000, 209) el artículo se refiere principalmente a los concubinos y en algunos casos a los hermanos.

El Proyecto de la Comisión de Legislación General de 1993 (Héctor Alegría, Jorge Alterini, Araya, María Artieda de Duré, Alberto Azpeitia, Banchio, Alberto Bueres) en el art 1078 – Daño moral - dispone que: “Si del hecho sobreviene la muerte de la víctima tendrán acción sus ascendientes, descendientes, cónyuge y **hermanos**.”

El Proyecto de la Comisión designada por decreto 685/95 (Héctor Alegría, Atilio Anibal Alterini, Jorge Horacio Alterini, Mendez Costa, Rivera, Roitman) en el art. 1089 – Daño extrapatrimonial prescribe que: “...Si sufre gran

discapacidad o del hecho dañoso resulta su muerte, también tienen legitimación a título personal, según corresponda, conforme a las circunstancias, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y quienes convivían con ella recibiendo trato familiar ostensible. Los tribunales tienen atribuciones para asignar legitimación a otros sujetos en los casos especiales en que el hecho tiene un grado de repercusión en el reclamante que excede del ordinario, habida cuenta de su vinculación con el damnificado y las demás circunstancias...”.

Finalmente el Proyecto de la Honorable Cámara de Diputados (presentado por Solanas, Raúl Patricio, Lauritto, José Eduardo) en el trámite parlamentario número 80 del 28 de junio de 2006, con número de expediente 3570 – D – 2006 establece que la acción de daño moral en caso de muerte de la víctima o de incapacidad permanente y grave corresponde a los herederos forzosos, y a quien haya convivido con la víctima en aparente matrimonio, y a falta de ellos, tendrán derecho a impetrar la acción los parientes colaterales hasta el segundo grado.

En síntesis, múltiples han sido los intentos de reformar la restricción impuesta por el art. 1078 en materia de legitimación activa, destacándose especialmente a nuestro criterio la propuesta de la Comisión de Legislación General (que expresamente incluye a los hermanos) y la de la Comisión designada por decreto 685/95.

**A modo de conclusión:** en un sistema de atipicidad del daño deben tener cabida los intereses simples siempre que sean lícitos, no reprobados por el derecho.

La concepción iluminista que sólo consideraba daño resarcible a la lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo está siendo superada y en el moderno derecho de daños que tiende a la protección integral de la persona se imponen soluciones más acordes con el *ius aequum*.

Estamos convencidos de ello, como la mayor parte de la doctrina actual pero también de que el intérprete no puede hacerle decir a la norma lo que no dice y el sentido literal del art. 1078 no admite dudas.

Entonces, el único camino posible, hasta la ansiada reforma legislativa, es el rol del juez dinamizando el derecho de daños y ejerciendo el control de constitucionalidad.

La familia está protegida en Tratados Internacionales de Jerarquía constitucional (Pacto de San José de Costa Rica, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y la norma que cuestionamos resulta hoy anacrónica, además de reflejar una contradicción lógica con el art. 1079 en el sistema del Código Civil (inconsistencia parcial – parcial) y con el art. 1080 del mismo cuerpo legal (inconsistencia total – parcial) y vulnerar el principio de igualdad ante la ley del art. 16 de nuestra Carta Magna.

Compartimos la postura del doctor Iribarne (en 1999, 212) que en lo que respecta a los hermanos postula la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC y así como lo manifestara la doctora Zavala de González al referirse a la necesidad de una reforma legislativa para ampliar el elenco de legitimados, hasta que ello suceda, será justicia.

Publicado en La Ley, 12 de septiembre de 2008.

Bibliografía:

ED, 166,111

El DÍal, AA 38 A1

Iribarne, Héctor Pedro. “La Cuantificación del Daño Moral”. Revista de Derecho de Daños N° 6, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores,1999.

La Ley, 2008, C, 553.

LLBA, 2007,869.

LLBA, 2005,68.

La Ley, 1998, A, 405.

La ley, 1996, C, 438.

La Ley, 1994, C, 546.

Mazeaud, Henri y Léon, Tunc, André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Tomo Segundo, Volumen II, 5º ed, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – América, 1961.

Pizarro, Ramón Daniel. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.

## **La legitimación activa para reclamar daño moral en los Proyectos de reforma del Código Civil:**

Hemos abordado la problemática de la legitimación activa para reclamar daño moral en el supuesto de supervivencia de la víctima y la inequidad de la restricción impuesta por la normativa, en caso de muerte de la misma.

Partimos de dos hipótesis iniciales que quisimos revalidar a través del estudio de casos jurisprudenciales:

*Todo damnificado indirecto que acredite haber sufrido una lesión a un interés legítimo de naturaleza extrapatrimonial o a un interés simple de naturaleza extrapatrimonial, está legitimado para reclamar daño moral, cuando del hecho ilícito no haya derivado la muerte de la víctima.*

*Todo damnificado indirecto que acredite haber sufrido una lesión a un interés legítimo o a un interés simple de naturaleza extramatrimonial, aunque no sea un heredero forzoso, está legitimado para reclamar daño moral en el supuesto de muerte de la víctima.*

Intentaremos ahora, poner nuevamente a prueba nuestras hipótesis, analizando el tratamiento de la problemática de la legitimación activa en la materia que nos ocupa en los Proyectos de reforma del Código Civil.

Tal como señala Moisset de Espanés (en 1994,51), nuestro Código Civil fue precursor en materia de daño moral pero cuando Vélez, adelantándose a su época incluye una norma expresa sólo lo acepta en el campo de los delitos de derecho criminal y así esa norma que era de avanzada se convierte luego en una valla, hasta que la ley 17.711 introdujo los artículos 522 y 1078 actuales.

Los problemas que se derivan del art. 1078, después de la reforma de Borda, los hemos planteado precedentemente y ahora enfocaremos los distintos

Proyectos de reforma del Código Civil y el tratamiento que cada uno de ellos brindó a la temática de la legitimación activa para reclamar daño moral.

**El Proyecto de Unificación de 1987:** fue elaborado en la Cámara de Diputados y sólo modificó el art. 522 del CC. Desaparece el verbo polémico “podrá” y se regula que la indemnización por incumplimiento de las obligaciones comprende el daño moral.

**El proyecto de la Comisión creada por Decreto 468/92** (Augusto César Belluscio, Salvador Darío Bergel, Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio César Rivera, Federico Videla Escalada y Eduardo A Zannoni).

Explica Moisset de Espanés (en 1994, 58) que este Proyecto de Reformas elaborado por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia tuvo como objetivo la sustitución total del Código Civil.

En lo que a nuestra temática se refiere, en el art. 515 se enumera cuáles son los bienes propios de cada cónyuge y en su inciso 14 se regula que son bienes propios: “Las indemnizaciones por daño moral y por daño físico causado a la persona del cónyuge”.

EL art. 1565 define al daño: “Existe daño siempre que se cause a otro algún perjuicio a su persona, su patrimonio, o a sus intereses no reprobados por la ley. Es indemnizable el daño cierto y personal del damnificado”.

El art. 1571 se refiere a la indemnización del daño moral: “El juez debe determinar el monto del daño moral con independencia del daño material sufrido, tomando en consideración la índole del hecho generador y demás circunstancias del caso”.

Y es el art. 1596 el que enfoca la cuestión de la legitimación activa para reclamar el daño moral, estableciendo que: “La acción por daño moral compete a la persona física que lo ha sufrido. **Los jueces valorarán la procedencia del resarcimiento del daño moral sufrido por otros damnificados distintos**

**a la víctima.** (el resaltado es nuestro). La acción sólo se transmite a los sucesores universales universales del damnificado si fue interpuesta por éste. Si del hecho dañoso hubiese resultado la muerte de la víctima, están legitimados el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y las personas que convivían con ella al tiempo del hecho...”.

En primer lugar, se destaca la solución en el supuesto de la supervivencia de la víctima, dado que el Proyecto deja en manos de los jueces la posibilidad de establecer la procedencia del menoscabo espiritual en otros damnificados indirectos, sin postular límites objetivos a la titularidad del resarcimiento en esta hipótesis. (la jurisprudencia establecerá en el caso concreto la viabilidad de la acción de los damnificados indirectos por daño moral).

En la hipótesis de la muerte de la víctima, incluye a los convivientes en forma amplia (sin establecer el parámetro de la obligación alimentaria a cargo de la víctima).

Pizarro (en 2000, 209) piensa, como ya señaláramos, que el artículo se refiere principalmente a los concubinos y en algún caso a los hermanos.

Moisset de Espanés considera (en 1994, 84) que se toma el hecho mismo de convivir, cualquiera sea la razón de esa convivencia y exista o no parentesco entre la víctima y el conviviente, sin que el vocablo se reduzca, tampoco a las hipótesis en que se hace vida en común, al margen de la institución matrimonial y que se refiere a aquellas personas que sean o no parientes y existan o no vínculos legales, comparten con la víctima una relación de vida “cuasi familiar”.

En definitiva, el Proyecto de la Comisión designada por Decreto 468/92 amplía la legitimación activa para reclamar daño moral, en el supuesto de supervivencia de la víctima, supeditando la valoración de la lesión espiritual a otros damnificados indirectos, al criterio del juez y también extiende la titularidad de la acción resarcitoria en la hipótesis de muerte de la víctima a los convivientes, sin limitarla, prima facie, en este caso al aparente matrimonio.

**El Proyecto de la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de 1993** (Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, Miguel Araya, María Artieda de Duré, Alberto Azpeitia, Enrique Banchio, Alberto Bueres, Luis Mosset de Espanés, Jorge Mosset Iturraspe, Juan Carlos palmero, Ana Isabel Piaggi, Efraín Richard, Néstor Solari, Felix Trigo Represas, Ernesto Wayar, el diputado mandato cumplido osvaldo Camisar, Marcos Córdoba y Rafael Manóvil).

La Comisión a la que se dio en llamar “Comisión Federal” emitió un dictamen el 28 de julio de 1993 al que la Cámara de Diputados dio sanción en noviembre de 1993 y que el Senado nunca trató.

El objetivo de la Comisión Federal Asesora fue proyectar las reformas para la unificación civil y comercial.

En lo que a nuestra materia concierne, el Proyecto en el art. 522, en la parte de obligaciones en general, de manera genérica expresa: “La indemnización por el incumplimiento de las obligaciones comprende el daño moral”. En los casos de daños moral y patrimonial, causados por infracciones contractuales será de aplicación la facultad morigeradora consagrada en el art. 1069...”.

En el Informe de la Comisión de Legislación General – Daño moral contractual y facultad moderadora de los jueces en materia de incumplimiento de obligaciones contractuales – se explica que: “...El art. 522 reproduce a la letra el texto que con el mismo número incluía el proyecto de Código Único de 1987. De tal suerte se supera la discusión doctrinal que existió sobre todo en los primeros tiempos de vigencia del art. 522 introducido por la ley 17.711, en cuanto en éste se dice que el juez “podrá” condenar a la reparación del agravio moral que hubiese causado. Parte de la opinión sostuvo que existían diferencias entre la órbita contractual y extracontractual a la hora de establecer el resarcimiento del daño moral, pues la dicción textual del art. 522 – al utilizar el giro podrá - consagraría una facultad o potestad judicial para conceder la indemnización, a diferencia del carácter imperativo que tendría la norma del art. 1078. Es más, se dijo que en la esfera del contrato se acuerda al perjudicado

una indemnización de equidad mientras que en la esfera del acto ilícito (aquiliano) se le reconoce una indemnización de justicia. En los últimos años, los juristas especializados en la materia – cuando menos en mayoría -, restaron toda importancia a este afirmado distingo, emanado de una interpretación formalista del art. 522 vigente en estos momentos, que contradice el sentido histórico y finalista de la ley. No obstante y para despejar toda duda se impone reformar el susodicho art. 522 en el sentido propuesto...”.

A su vez, el art. 1068 define de manera genérica al daño, comprendiendo tanto al daño patrimonial como al moral: “Hay daño cuando se lesione un interés ajeno, protegido por el ordenamiento jurídico, de naturaleza moral o material”.

El Informe de la Comisión de Legislación General – Noción de daño – explica que: “...El art. 1068 reemplaza al poco feliz texto actual – conectado con los artículos 519 y 1069, 1º parte...y aborda de forma directa el concepto de daño, a cuyo fin opta por proponer la tesis que entiende que es tal **(es decir, que es daño), la lesión a intereses** (el resaltado es nuestro). Y especifica, por supuesto, que éstos para ser configurantes del concepto definido, deben estar amparados por el ordenamiento jurídico. **La expresión ordenamiento jurídico es amplia, de donde tienen cabida en ella no sólo los llamados en el léxico tradicional “intereses legítimos” (dimanantes de un derecho subjetivo), sino también los intereses de hecho o intereses simples, en tanto o en cuanto sean lícitos y serios y merezcan el amparo del derecho por razones de equidad y solidaridad social...**” (el resaltado nos pertenece).

Y en lo relativo a la legitimación activa para reclamar daño moral en materia de ilícitos, el art. 1078 dispone que: “La obligación de resarcir los perjuicios causados por los actos ilícitos comprende el daño moral. La acción por indemnización del daño moral competará al damnificado directo, y en vida de éste a sus padres, hijos y cónyuge. Si del hecho sobreviene la muerte de la víctima, tendrán acción sus ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos...”.

El Proyecto tiene el mérito de reconocer la legitimación de los damnificados indirectos en el caso de supervivencia de la víctima, aunque restringe la titularidad a los padres, hijos y cónyuge y de ampliar el espectro de los damnificados indirectos en el supuesto de muerte, aunque no contempla a los convivientes.

En este aspecto, el doctor Pizarro (en 2000, 210) opina que: "...”Acertadamente el texto proyectado extiende la legitimación activa a los damnificados indirectos cuando no se produzca la muerte de la víctima, reconociendo el derecho de accionar a los padres, hijos y cónyuge y se excluye a nuestro modo de ver inadmisiblemente a la concubina y a los hermanos de la víctima...y cuando sobreviene la muerte de la víctima, otorga acertadamente legitimación activa a los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos, superando con esta última inclusión la falencia apuntada al Proyecto de la Comisión 468/92...”.

Creemos importante y sumamente esclarecedor, recurrir a los fundamentos que con respecto a esta propuesta de modificación ha invocado el Informe de la denominada Comisión Federal.

El Informe de la Comisión de Legislación General puntualiza que: El art. 1078 proyectado mantiene en el primer párrafo el resarcimiento amplio del daño moral que surge del texto actual. Y además introduce en un segundo párrafo una ampliación de la legitimación para pretender tal perjuicio. Cabe destacar que la susodicha ampliación fue reclamada con insistencia por la doctrina, con minúsculas excepciones, primordialmente en los últimos tiempos. La Comisión al encarar esta cuestión se vio en una encrucijada: a) Posibilitar el reclamo a **cualquier persona (pariente o no pariente) del damnificado directo – al modo que ello ocurre en el dominio del artículo 1079 cuando promedia un daño patrimonial -** ; (el resaltado nos pertenece) b) Establecer límites a esa posibilidad de pretender. Es interesante remarcar que las opiniones de los autores especializados, vertidas en trabajos, y en congresos, y jornadas científicas, pese a coincidir en la necesidad de acrecentar el número de legitimados, no siempre fueron precisas a la hora de establecer en concreto los alcances o topes de la legitimación. A la vista de estos antecedentes, la

comisión optó por proponer la ampliación de los posibles pretenses con criterio muy moderado, pues más allá de las particulares opiniones de los miembros, no se perdió de vista el temor que siempre inspiró en algunos juristas la perspectiva de que una reforma permisiva en términos generales generara una “catarata de damnificados”....Conforme puede advertirse, el punto fue tratado con suma mesura. Al margen, se reemplazó la expresión herederos forzosos contenida en el segundo párrafo del actual artículo 1078 por las palabras “ascendientes, descendientes y cónyuge”, puesto que aquella expresión suscitó cierta perplejidad doctrinal. Si bien la opinión netamente dominante estima que **los “herederos forzosos” son los “potenciales” y no los “efectivos” al tiempo del llamado, una minoría sostuvo lo contrario, confundiendo sin duda problemas de sucesión hereditaria con reparación de daños.** (el resaltado es nuestro). De todos modos, la cuestión debe aclararse en una reforma legislativa, no sólo por la incidencia que los diversos miramientos pueden tener cuando se establece quién está legitimado para pretender en un caso concreto, sino también debido a que el cónyuge no es heredero cuando concurre a la herencia con descendientes y los bienes son gananciales, a menos que se recurra a la figura del heres sine re – impugnada en nuestro derecho – o a otra solución que no deje sin cobertura al consorte supérstite...”.

Consideramos esencial haber recurrido al Informe de la Comisión del que surgen las dudas que la misma se planteó al momento de elaborar la propuesta.

La Comisión que elaboró un destacable concepto de daño en el art. 1068 al hablar de lesión a un interés ajeno, protegido por el ordenamiento jurídico, de naturaleza moral o patrimonial, luego fue más “moderada” en términos de su Informe, al afrontar la temática de la legitimación activa para reclamar daño moral ante el temor generalizado de la doctrina y jurisprudencia a una catarata de damnificados. Y aún así su propuesta implica un importante avance a las restricciones impuestas por la normativa vigente.

Pensamos que tal como postula la doctora Zavala de González en (1993, 664) que al margen del freno económico que resulta del art. 1069, párr. 2º del Cód. Civil, el único freno jurídico debe derivar de los requisitos comunes a todo daño resarcible (en especial su certeza y relación causal con el hecho) y que los jueces cuentan con amplias atribuciones para marginar los abusos en las reclamaciones resarcitorias, de conformidad con el art. 1071 del CC.

**El Proyecto de la Comisión designada por decreto 685/95:** (Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Mendez Costa, Julio César Rivera, Horacio Roitman).

El art. 1651 regula que tiene responsabilidad directa quien incumple una obligación y quien por acción o por omisión, causa un daño injustificado.

El art. 1689 prescribe en materia de daño extrapatrimonial que: “La persona humana damnificada directa tiene legitimación para accionar por la satisfacción de su daño extramatrimonial. Si sufre gran discapacidad, o del hecho dañoso resulta su muerte, también tienen legitimación a título personal, según corresponda, conforme a las circunstancias, el cónyuge, los descendientes, los ascendientes, y quienes convivían con ella recibiendo trato familiar ostensible. Los tribunales tienen atribuciones para asignar legitimación a otros sujetos, en los casos especiales en los que el hecho tiene un grado de repercusión en el reclamante que excede del ordinario, habida cuenta de su vinculación con el damnificado y las demás circunstancias”.

Es sin dudas, la propuesta superadora de todas las anteriores dado que en ambos supuestos, supervivencia y muerte, extiende el universo de los damnificados indirectos a los convivientes que recibían trato familiar ostensible (no sólo concubinos en aparente matrimonio, también hermanos u otras personas que recibían trato familiar) y a más otorga a los tribunales la facultad de otorgar legitimación a otras personas, teniendo en cuenta la lesión espiritual que exceda de lo ordinario, el vínculo afectivo con el damnificado y otras circunstancias (que contribuyan a acreditar la certeza del daño).

En los Fundamentos del Proyecto de Código Civil de la Comisión designada por Decreto 685/95 se explica que: “En atención a un insistente reclamo de la doctrina, se amplía la legitimación activa para la reparación de daños extramatrimoniales...”.

Esa ampliación coincide con el espíritu del Proyecto que según se expresa en los Fundamentos pretende adecuarse al criterio de que la modificación de perspectiva sólo será válida y valiosa en la medida que tenga al Hombre como núcleo y pivote; en lo que sirva y sea útil para su realización.

Y en esa línea de pensamiento se persigue la reparación plena (la reposición de las cosas al estado anterior) ya que la reparación integral no significa que todo lo que la víctima pretenda merezca reparación.

El Proyecto unifica la legislación civil y comercial, la responsabilidad contractual y extracontractual, extiende la responsabilidad objetiva y establece topes cuantitativos para la reparación del daño.

Y si bien a nosotros nos producen temor las indemnizaciones tarifadas, no podemos dejar de reconocer que la fórmula del art. 1689 es la que mejor responde a los principios de solidaridad y equidad que son la razón de ser del moderno derecho de daños desde una concepción humanista como la que inspira a esta reforma.

### **Los Proyectos de reforma de reforma del Congreso:**

<b>Nº de Expediente</b>	3570-D-2006
<b>Trámite Parlamentario</b>	80 (28/06/2006)
<b>Sumario</b>	CODIGO CIVIL: MODIFICACION DEL ARTICULO 1078, SOBRE DAÑO MORAL.
<b>Firmantes</b>	SOLANAS, RAUL PATRICIO - LAURITTO, JOSE EDUARDO.
<b>Giro a Comisiones</b>	LEGISLACION GENERAL.

***El Senado y Cámara de Diputados,...***

**MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 1078 DEL CÓDIGO CIVIL.-DAÑO MORAL.-  
LEGITIMACIÓN.-**

ARTÍCULO 1): Sustitúyase el artículo 1078 del Código Civil, por el siguiente texto:

"La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.-

La acción por indemnización del daño moral competirá al damnificado directo, si del hecho acaecido hubiere resultado la muerte de la víctima o bien le hubiere ocasionado una incapacidad permanente y grave, tendrán también acción los herederos forzosos, y quien haya convivido con la víctima en aparente matrimonio.-A falta de ellos, tendrán derecho a impetrar la acción los parientes consanguíneos colaterales hasta el segundo grado".-

ARTICULO 2º): Comuníquese al Poder Ejecutivo.-

En el Proyecto presentado por los firmantes: Solanas, Raúl Patricio, Lauritto, José Eduardo de fecha 28 de junio de 2006 (Trámite Parlamentario 80, Expediente 3570 – D – 2006, se amplía la legitimación activa de los damnificados indirectos para reclamar daño moral, en el caso de incapacidad permanente y grave y en el supuesto de muerte a los convivientes en aparente matrimonio. A falta de herederos forzosos o de concubinos, se extiende la titularidad del resarcimiento a los parientes colaterales hasta el segundo grado.

En los fundamentos del Proyecto se analiza la norma que nos ocupa y se concluye que su prescripción significa que únicamente una parte de los parientes de la víctima tendrán derecho a impetrar la acción resarcitoria del daño moral, lo cual no se compadece con la teoría sentada por la propia Corte Suprema de Justicia, que establece que la reparación del daño debe ser plena en todo sentido, y la eventual limitación que menciona la norma que se pretende reformar no se condice con aquella que ha sentado la Jurisprudencia de nuestros Tribunales, a partir de numerosos fallos, que participan del criterio del daño como un "principio de reparación plena".

Además se afirma que siguiendo este criterio el artículo 1078 del Código Civil contiene una limitación en materia de legitimados activos, que en muchos casos podría incluso, devenir inconstitucional, a la luz de otras normas que le conceden a los terceros damnificados indirectos amplias facultades activas para interponer acciones de resarcimiento.

En lo que respecta a este Proyecto extiende la legitimación activa en caso de una incapacidad permanente y en el supuesto de muerte a los concubinarios y sólo a falta de herederos forzosos o convivientes en aparente matrimonio, se desplaza la acción a los parientes colaterales de 2º grado.

Enfatizamos nuevamente, que es una versión mucho más progresista la propiciada por la Comisión designada por Decreto 685/95 en su art. 1689, más allá de merituar todos los intentos de modificación de la norma que nos ocupa.

Este proyecto que estamos analizando, tuvo una nueva versión en septiembre del 2007:

<b>Nº de Expediente</b>	3912-D-2007
<b>Trámite Parlamentario</b>	100 (09/08/2007)
<b>Sumario</b>	MODIFICACION DEL ARTICULO 1078 DEL CODIGO CIVIL, SOBRE RESARCIMIENTO DEL DAÑO CAUSADO POR ACTOS ILICITOS.
<b>Firmantes</b>	LAURITTO, JOSE EDUARDO - SOLANAS, RAUL PATRICIO - GENEM, AMANDA SUSANA - GARRIDO ARCEO, JORGE ANTONIO - GODOY, JUAN CARLOS LUCIO.
<b>Giro a Comisiones</b>	LEGISLACION GENERAL; FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

***El Senado y Cámara de Diputados,...***

Art. 1.- Modifíquese el art.1078 del Código Civil de la siguiente manera: "La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho dañoso hubiese resultado la muerte de la víctima, están legitimados el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y el conviviente que tuviere trato marital al tiempo del hecho"

Art. 2.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Por cierto, la redacción de esta propuesta de modificación es menos feliz que la anterior. En ésta que ahora reproducimos, ya no se contempla la hipótesis de la supervivencia de la víctima y se sigue en el caso de muerte el texto de la Comisión del Ministerio de Justicia pero en una versión mucho más restringida (dicha Comisión habló de los convivientes en general y además en caso de supervivencia dejó al juez la valoración de la procedencia del daño moral de otros damnificados indirectos.

Pensamos como corolario de todo lo expuesto que todos los esfuerzos realizados en aras de superar la valla impuesta por el art. 1078 son valiosos y reflejan que existe una necesidad jurídica y social de concretar su reforma.

Por cierto, son razones de política legislativa la que concibieron la norma del art. 1078 con las restricciones que hemos cuestionado y son las mismas razones las que impiden que se concrete dicha reforma.

Y volvemos al punto de partida de nuestro proyecto de tesis originario, aprobado en noviembre de 2004, momento en que planteamos que sólo el rol del juez en el caso concreto podía resolver el problema de la titularidad de la acción para reclamar el daño moral.

Y el tiempo demostró que ese era el único camino hacia la justicia para lograr la reparación plena y para llevar a su concreción el principio del alterum non laedere de base constitucional y consagrado en el art. 1109 de nuestro Código Civil.

Bibliografía:

Moisset de Espanés, Luis. “El Daño Moral en los Proyectos de Reforma del Código Civil” en Daño Moral, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba, Colección Estudios de Derecho Civil, Director: Dr. Luis Moisset de Espanés, Coordinador: Guillermo P. Pinti, Córdoba, Alveroni Ediciones, 1994.

Pizarro, Ramón Daniel. *Daño moral, Prevención. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*, Buenos Aires, Hammurabi, reimpresión, febrero de 2000.

*Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado en el Código de Comercio, Nota de Elevación, Fundamentos, Legislación Complementaria, Redactado por la Comisión designada por Decreto 685/95*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999.

*Unificación de la Legislación Civil y Comercial, Proyecto de 1993*, Buenos Aires, Victor P. de Zavalía S.A., 1994.

[www.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp](http://www.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp)

### **Algunas reflexiones finales a modo de conclusión:**

Iniciamos nuestro trabajo, convencidos de que la conceptualización del daño moral era una tarea esencial en la investigación que realizábamos.

Creíamos y ahora estamos convencidos de que era el punto de partida y de llegada hacia su reparación plena y que tal era la trascendencia del concepto que abordáramos, que incidiría en la problemática de su cuantificación y por sobre todo, en la de la legitimación activa para reclamarlo.

Tal como afirma el doctor Bueres (en 1989, 141) la responsabilidad civil supone el deber que pesa sobre una persona de reparar el daño injusto ocasionado a otra (el concepto abarca las hipótesis de daños causados por conductas injustas “antijurídicamente” – perjuicios que involucran una injusticia intrínseca – y las de daños que son injustos per se, sin reconocer una causación injusta “antijurídica”).

Y como luego enfatiza nuestro maestro, el objetivo de la responsabilidad civil es mitigar el daño. Y nuestra preocupación ha sido el daño moral y la legitimación activa para reclamarlo.

Hemos señalado que el concepto de daño es fundamentalmente un concepto doctrinario y hemos adoptado el concepto de daño moral del doctor Bueres porque lo consideramos el más estricto jurídicamente y abarcativo de todas las aristas de la temática que es nuestro objeto de estudio.

Entonces sostuvimos siguiendo a nuestro maestro, que el daño moral - cuando menos en una acepción primaria o pura - es la lesión a un interés jurídico espiritual (o extrapatrimonial) que ha de ser reparado a tenor de su contenido estrictamente subjetivo (o espiritual).

La mayoría de los autores (en 1992, 46) coinciden en señalar un esquema estructural, un conjunto de presupuestos para acceder a la reparación del

daño: el hecho humano, la antijuricidad, la relación de causalidad y el daño que por cierto es la razón de ser de dicha responsabilidad.

Bueres manifiesta (en 1989, 148) que la antijuricidad es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad e importa un obrar violatorio del *alterum non laedere* que es común a la responsabilidad contractual (arts. 1197, 519, 520, 521) y extracontractual (arts. 1066, 1109 y 1074).

Y justamente el “*alterum non laedere*” es el pilar de la responsabilidad civil y como dice Bueres (en 1989, 148), el art. 1109 sienta este principio ya que, en rigor está prohibido dañar a otro sin causa de justificación y la consagración de este principio no se agota en el terreno del art. mencionado (actos ilícitos culposos), sino que también subyace en el art. 907, párr. 2º (daño involuntario adjudicable al autor por razones de equidad), en el art. 1071 (cuando el acto antifuncional deviene dañoso), en el 2.618, en el 1113, 2º párr, etc.

El “*alterum non laedere*” es un principio general de derecho y tiene base constitucional (art. 19 de nuestra Carta Magna).

Va de suyo que cuando se vulnera dicho principio hay daño que debe ser reparado a tenor del espíritu de la responsabilidad civil.

Partimos de un concepto objetivo del daño que nos ocupa, “el moral” que atiende a su contenido espiritual y no a sus consecuencias que constituyen la exteriorización del menoscabo.

Y pensamos que en un sistema de atipicidad del daño deben tener cabida los intereses simples, que sean lícitos, no reprobados por el derecho.

Recordamos que por cierto, esta concepción es relativamente reciente, dado que para el dogmatismo idealista y racionalista de los siglos XVII y XVIII, sólo era daño resarcible, la lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo derivado de él.

Bueres enseña (en 1989, 185) que los criterios realistas de nuestro tiempo, por el contrario son funcionales y demandan una actividad axiológica extensa que hace que la mira no se fije en un precepto consagradorio de un derecho subjetivo sino que se observa el ordenamiento con amplitud. (fenómeno de inacabamiento de la ley).

Afortunadamente, la concepción iluminista de daño resarcible está siendo superada y en el moderno derecho de daños, también es daño resarcible, la lesión a un interés simple lícito (no prohibido), serio y justo.

Esta concepción realista nos condujo en su momento a plantearnos las hipótesis iniciales de nuestro trabajo, advirtiendo ab initio, que en nuestro Código Civil existía una profunda contradicción axiológica entre el texto del art. 1078 del CC y el art. 1079 en lo relativo a la legitimación activa para reclamar el daño.

En verdad, esa contradicción responde a las ideas racionalistas de otros tiempos, en los que se protegían los derechos absolutos a la persona y a la propiedad.

Desde esa mirada filosófica fue concebido el art. 1079 que admite la legitimación amplia para reclamar el daño patrimonial y también el espíritu restrictivo del art. 1078, en lo vinculado a la titularidad de la acción en el daño moral.

También desde el punto de vista absolutamente deductivo, inferimos una contradicción lógica entre el art. 1078 y el 1079 del CC (inconsistencia parcial – parcial, en virtud de que las descripciones de ambas normas con soluciones incompatibles se superponen parcialmente, pero ambas tienen ámbitos de referencia autónomos) y también entre el art. 1078 y el art. 1080 del CC (inconsistencia total - parcial, dado que el ámbito de referencia de una norma está incluido totalmente en el de la otra, pero ésta última comprende además casos adicionales).

Y también sostuvimos que el art. 1078 vulneraba el principio del alterum non laedere de base constitucional y el principio de igualdad ante la ley consagrado por el art. 16 de nuestra Carta Magna.

Esas convicciones nos llevaron a formular nuestras hipótesis de trabajo pero con el convencimiento de que el art. 1078 no admitía dudas interpretativas y no se podía forzar a la norma a decir lo que no dice.

En noviembre de 2004, presentamos nuestro proyecto de tesis, con muchas inquietudes y una sola certeza, que hasta tanto no se concretara la reforma legislativa anhelada por buena parte de la doctrina, el único camino hacia la reparación del menoscabo a intereses simples extrapatrimoniales serios, lícitos y justos quedaba en manos del juez, en el caso concreto.

Nuestro principal obstáculo en ese momento para afrontar la investigación era la inexistencia en nuestro derecho de fallos judiciales que receptaran las ideas que defendíamos.

Al decir de nuestro maestro, (en 1989, 187) será el juez en última instancia quién determine el daño resarcible.

Nuestras hipótesis que consideramos haber puesto a prueba y revalidado a través del presente trabajo afirman que:

*Todo damnificado indirecto que acredite haber sufrido una lesión a un interés legítimo de naturaleza extrapatrimonial o a un interés simple de naturaleza extrapatrimonial, está legitimado para reclamar daño moral, cuando del hecho ilícito no haya derivado la muerte de la víctima.*

*Todo damnificado indirecto que acredite haber sufrido una lesión a un interés legítimo o a un interés simple de naturaleza extrapatrimonial, aunque no sea un heredero forzoso, está legitimado para reclamar daño moral en el supuesto de muerte de la víctima.*

Sólo contabamos con la jurisprudencia del derecho comparado, especialmente la francesa, precursora en la materia que nos ocupa.

Hablamos ahora del enfoque realista de nuestro tiempo que demanda una actividad axiológica extensa, observando al ordenamiento con amplitud, pero en honor a la verdad, en la temática que nos ocupa la realidad superó al derecho y fueron los jueces los que tuvieron que resolver esa brecha.

Para llegar al planteo de nuestras hipótesis, nos detuvimos en el concepto doctrinario del daño moral, adhiriendo a las ideas del eximio jurista Bueres, que ha sido un visionario en la problemática de que se trata, y porque de esa concepción objetiva del daño se derivan las hipótesis que proponemos.

Luego, nos referimos a la evolución histórica del daño moral en la legislación argentina, sin desconocer que fuimos precursores en la materia antes de la reforma de Borda pero sin ignorar que la valla que introdujo el art. 1078 de la ley 17.711 ha convertido a la norma en anacrónica.

Pasamos luego a tratar la temática de la reparación del daño moral y las distintas teorías, desde las que negaron la reparación con amplia recepción en el siglo XIX y principios del XX (en virtud de que vulneraba principios religiosos y éticos) hasta las que la admitieron desde diversos enfoques, el de la sanción ejemplar de amplia recepción jurisprudencial y la teoría del resarcimiento que recién fue consagrada por nuestra Corte Suprema de Justicia en el leading case Santa Coloma de 1985.

Nos centramos entonces en el problema de la cuantificación del daño moral, que aún hoy no está resuelto y que ha sido materia de debate en las XXI Jornadas de Derecho Civil realizadas en septiembre de 2007 en la Facultad de Derecho de Lomas de Zamora.

Cada tema que analizabamos relativo al daño moral nos llevaba a profundas discusiones doctrinarias, creemos que fruto de los prejuicios que con andamiaje filosófico limitaron a este Instituto durante siglos.

En lo vinculado con la cuantificación, adherimos a la propuesta del doctor Zannoni, en un fallo que nos pareció ejemplar (en la Ley, 2008, B, 334) donde el excelente jurista sostuvo que la apreciación de la intensidad de los padecimientos que produce el daño moral en el damnificado está limitado por la cuantía del reclamo, ya que es la víctima quien, mejor que nadie, está en condiciones de mensurar el dolor, la aflicción o los padecimientos que ha tenido a raíz del hecho y ante el temor de que los reclamos fueran exagerados, la única alternativa posible sería entonces la discrecionalidad judicial para morigerar la indemnización.

Es a nuestro entender, el criterio pragmático plasmado en el fallo, un iter a seguir en la temática de la cuantificación al que debería sumarse la elaboración de tablas comparativas de los antecedentes judiciales sobre los daños morales más comunes, como se recomendó en el seno de la Comisión N° 2 de las XXI Jornadas mencionadas.

Analizamos entonces el daño moral contractual y el debate relativo a la interpretación del verbo “podrá” del art. 522 del CC (que es oportuno mencionar fue suprimido en todos los Proyectos de reforma del CC a partir de 1987) y el daño moral extracontractual y sus diversas manifestaciones, con especial hincapié en los requisitos del daño resarcible: la certeza, el carácter personal de la acción y la lesión a un simple interés lícito espiritual.

Adherimos al despacho de las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1984 (Bueres, Zavala de González, Chiappero de Bas, Sandival Luque, Junjet de Sandoval y Pizarro) en el sentido de que el daño moral derivado de un ilícito contractual o extracontractual debía recibir el mismo tratamiento.

Nos pareció que tampoco podíamos obviar referirnos a otros daños que la doctrina moderna considera autónomos del daño moral. El denominado daño a la persona, el daño al proyecto de vida, el daño estético, el daño a la esfera sexual, el daño síquico para concluir que en nuestra legislación sólo existe daño patrimonial y moral.

Reconocimos de todas formas, que la creación pretoriana del derecho italiano, el llamado daño a la persona, ha incidido en nuestro derecho alertando sobre la importancia de la atipicidad del daño y sobre el valor del individuo, desde una concepción, a todas luces más humanista.

Y llegamos a la ratio esencia de nuestro trabajo, y para formular nuestras hipótesis fue menester analizar conceptos claves como el de daño moral que ab initio fue nuestro punto de partida, damnificado directo, damnificado indirecto y herederos forzosos.

Afirmamos que el damnificado directo es la persona que sufre un daño en calidad de víctima inmediata del suceso y que el indirecto no es un tercero sino otro perjudicado que padece un daño propio por el suceso, de reflejo o por rebote.

Señalamos que en el supuesto de muerte de la víctima, la ley reconoce acción a ciertos damnificados indirectos: los herederos forzosos y que la acción que tienen para reclamar es iure proprio y no iure hereditatis.

Y nuevamente nos encontramos con un debate doctrinario relativo al alcance jurídico de la expresión herederos forzosos y en este aspecto una parte de los juristas sostenía que el art. 1078 sitúa a los de grado preferente de acuerdo con el orden sucesorio en concreto al momento del fallecimiento y otro sector consideraba herederos forzosos a todos los que potencialmente tienen ese carácter al momento de la muerte de la víctima.

Y la buena doctrina, la de los herederos eventuales al momento del deceso, fue la defendida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1993 en los autos “Frida A. Gómez Orue de Gaete y otra c. provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios” (La Ley, 1994, C, 546) y por un fallo plenario de la Cámara Nacional Civil del 28 de febrero de 1994, en los autos “Ruiz Nicanor y otro c. Russo Pascual” (La ley, 1994, B, 484).

Nos centramos, luego, en el análisis de la legitimación activa en el derecho comparado del damnificado directo y del indirecto, en especial en el derecho francés, un adelantado en la materia, con respecto al resto de las legislaciones.

Aprehendimos de los hermanos Mazeaud, Hénri y León, Tunc André (en 1961, 424) que la reparación es susceptible de afectar a cualquier persona y que en cuanto al peligro de de la multiplicidad de acciones de resultas de un accidente mortal, el freno estaría dado por la acreditación del pesar padecido.

Y en noviembre de 1994, tuvimos en nuestro derecho, la primera manifestación judicial que planteaba la inequidad de la norma que cuestionábamos, y su incompatibilidad con el texto constitucional.

La Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, en noviembre de 2004, había iniciado el camino y había reconocido el derecho indemnizatorio de la concubina *con fundamento en los preceptos constitucionales de la protección de la familia* (arts. 14 bis tercer párrafo, Const. Nacional; 17, 27 y concds. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica"; 10 y 23 "Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales" y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"), *igualdad ante la ley* (art. 16 Const. Nacional) y *doctrina emanada del art. 1079 del Código Civil*, en cuanto sienta el principio general de la responsabilidad civil y a su amparo, amplía el espectro de los legitimados para reclamar por daño".

Asimismo, el Juzgado Federal de la Instancia de Concepción del Uruguay el 28 de diciembre de 2004, en los autos: "Ríos María Hortensia por sí y sus hijos menores y otra c/ Mazur, Mario de Jesús y/u otros admitió la indemnización por daño moral de la concubina y sostuvo que: "... *La concubina se encuentra legitimada para accionar por los daños y perjuicios por la muerte de su compañero, estando esa legitimación reglada dentro de los términos del artículo 1079 del Código Civil (Cám. Civ. y Com. de Junín, 20/8/96, M., G. R. y otra c. Transp. El Resero, LLBA, 1996-1140). Sin embargo quedó en el camino el daño moral en caso de muerte. La razón fue la barrera que establece el*

*art. 1078 del Código Civil, que habla del daño moral únicamente a los herederos forzosos. A pesar de ello ya muchas veces se alzaron en contra de tal criterio, en el entendimiento de que 'la norma no puede ignorar que si existe convivencia con características de matrimonio, formando una familia, el dolor y la alteración del espíritu al perder al compañero no pueden dejar de producirse'. Por supuesto que, además de esa razón existe una argumentación jurídica, que es la colisión entre lo expresado por el art. 1078 y lo normado por los artículos 1077 y 1079 del Cód. Civil. Si todo daño debe repararse, incluso a los damnificados indirectos, ¿por qué excluir a la concubina? ...".*

Y a mayor abundamiento, la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala Segunda en los autos: "Hernández María Rosa c/ Witomsky Mario s/daños y perjuicios, el 2 de mayo de 2007 confirmó una sentencia que había reconocido legitimación a la concubina para reclamar el daño moral causado por la muerte de su pareja, entendiendo que el límite dispuesto por el artículo 1078 del CC era la garantía de igualdad ante la ley dispuesta por el art. 16 de la Constitución Nacional.

Pero el hito en esta problemática, lo marcó el leading case de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en los autos "L.A.C. y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro", **al declarar en el caso de supervivencia de la víctima, la inconstitucionalidad del art. 1078, en cuanto limita la legitimación activa para reclamar en un acto ilícito, dado que la norma en cuestión confronta materialmente con el art. 16 de la Constitución Nacional**, y conceder la indemnización por tal concepto a los padres del menor que quedó cuadripléjico luego de haber sido sometido negligentemente a una intervención quirúrgica.

El voto del Doctor Lázzari agregó que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civil en cuanto limita la legitimación activa en un acto ilícito, puesto **que la solución que preconiza el artículo mencionado, en consideración a su irrazonabilidad, viola lo dispuesto por el art. 28 de la Constitución Nacional.**

En la misma tendencia interpretativa, un fallo del Tribunal de Justicia de Jujuy también declaró la inconstitucionalidad de la norma que nos ocupa y reconoció

el derecho de indemnización de la hija por discapacidad de la madre que sobrevive (el Dial AA38A1).

El fallo de de la Cámara 2ª Civil y Comercial de Mar del Plata del 26 de diciembre de 2007, en los autos “Camargo, Mónica y otro c.Lima, Roberto y otra”, también trascendió las soluciones jurídicas anteriores, relativas a la legitimación de la concubina para reclamar daño moral como damnificada indirecta y concretó el rol judicial de los jueces dinamizando el derecho de daños *al consagrar de oficio la inconstitucionalidad de la norma tan cuestionada por la doctrina y la jurisprudencia.*

Proclamó entonces la Cámara 2º Civil y Comercial de Mar del Plata que el art. 1078 del Código Civil que limita la legitimación activa para reclamar la indemnización de daño moral a los herederos forzosos del causante **es inconstitucional por cuanto viola el principio de reparación integral contemplado por el art. 19 de la Constitución Nacional.**

Otro fallo que se aproximó al reconocimiento de la legitimación activa, en este caso, de los hermanos como damnificados indirectos fue el de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul que en los autos “A.H.M. y Otros c. Q.C. y otros / sobre daños y perjuicios”, de fecha 29 de abril de 2008, afirmó que: **“Sólo una vez que en concreto se pruebe la existencia del daño moral del hermano de la víctima fatal, podría invalidarse la exclusión legitimatoria que prevé el art. 1078 del Código Civil”**, pero negó el derecho a indemnización considerando que no era procedente el control de constitucionalidad de la norma.

Para ser estrictos el daño moral de los hermanos como damnificados indirectos, había sido reconocido en un fallo que renecemos verdaderamente precursor en la materia, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III de fecha 9 de febrero de 1996, en los autos “T.D. c. Estado Nacional y otros, siendo la víctima un desaparecido del proceso militar, en el que se sostuvo que:”No procede el agravio referido a la falta de legitimación del actor – hijo y hermano de los desaparecidos – para reclamar el daño moral, pues las víctimas no pueden presentarse a iniciar el pleito. **Lo expuesto lleva a interpretar la norma del art. 1078 del Cód. Civil**

**en concordancia con el sistema general de este Código”.** (La ley, 1996, C,438).

Y en honor a la verdad, mientras aún estábamos trabajando en la investigación y probando nuestras hipótesis, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, sala I en lo civil, comercial y laboral declaró la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, al decidir que la concubina tenía derecho a la indemnización del daño moral por la muerte del causante. (DJ, 2008,II, 1155).

En el caso citado, primera instancia había admitido el rubro por daño moral de la concubina con fundamento en el principio de la reparación integral y la Cámara de Apelaciones lo había desestimado dado que en virtud de la limitación que suponen los términos del art. 1078 del Cód. Civil, la concubina carece de legitimación para solicitar tal resarcimiento.

El máximo Tribunal provincial hizo lugar al daño moral a favor de la concubina, coincidiendo con primera instancia, **sosteniendo la inaplicabilidad del art. 1078 del CC que limita la legitimación para reclamar a los herederos forzosos del fallecido, fundándose en que la mentada norma conculca los preceptos constitucionales establecidos en el 14. bis y 16 de la Constitución Nacional y de la Constitución de la Provincia del Chaco que en su art. 35 consagra la protección de la familia.**

Nos habíamos propuesto como metodología el análisis de casos y en noviembre de 2004, no los teníamos, por lo menos, en nuestro derecho.

Hoy los jueces, cumpliendo con el rol que les asigna el moderno derecho de daños, concretaron el principio de la reparación plena, y en los fallos precitados no vacilaron en tachar de inaplicable e inconstitucional la restricción de la legitimación activa para reclamar el daño moral a los damnificados indirectos en el supuesto de supervivencia de la víctima, y en el caso de muerte, aunque no sean herederos forzosos.

Eran las dos hipótesis que habíamos planteado y que creemos haber revalidado a través de nuestro trabajo.

Los fundamentos a los que ha recurrido la jurisprudencia para decretar la inconstitucionalidad del art. 1078, en lo que nuestro objeto de estudio se refieren, son los siguientes:

El art. 1078 en cuanto limita la legitimación activa para reclamar daño moral es inconstitucional porque:

*Confronta materialmente con el art. 16 la Constitución Nacional y viola lo dispuesto por el art. 28 de nuestra Carta Magna.*

*El art. 1078 viola el principio de reparación integral contemplado en el art. 19 de la Constitución Nacional.*

*Conculca los preceptos constitucionales establecidos en el art. 14 bis y 16 de la Constitución Nacional y de la Constitución de la Provincia del Chaco que en su art. 35 consagra la protección de la familia.*

*Es inaplicable con fundamento en los preceptos constitucionales de protección de la familia: arts. 14 bis y concordantes de la Constitución Nacional, 17, 27 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", 10 y 23 del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", igualdad ante la ley (art. 16 Const. Nacional) y doctrina emanada del art. 1079, en cuanto sienta el principio general de la responsabilidad civil y a su amparo, amplía el espectro de los legitimados para reclamar por daño.*

*Existe colisión entre lo expresado por el art. 1078 y lo normado por los arts. 1077 y 1079 del Cód. Civil.*

El rol del juez ha dado solución a la inequidad y a la iniquidad de la solución plasmada por el art. 1078, y no es un juego de palabras, sino que estamos alegando su falta de equidad y su sistema perverso de legitimación activa.

Y mientras tanto se espera, la ansiada reforma legislativa, y por cierto no podemos negar que han sido varios los intentos de reforma: el de la Comisión designada por Decreto 468/92, el de la Comisión de Legislación General, el de la Comisión designada por Decreto 685/95, a nuestro juicio el mejor, en cuanto

a la amplitud que se concibe en materia de legitimación, el de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

Y en el mismo sentido, también la doctrina ha elaborado propuestas de modificación.

Así por ejemplo, el doctor Gregorini Clusellas (en 1995, 405) enfatiza que una sencilla modificación del art. 1078 del Cód. Civil aventaría cuestionamientos para los casos que en que por razones de justicia impongan reparar y sugiere agregarle como párrafo final el siguiente texto: Los jueces fundadamente podrán extender la reparación al damnificado indirecto que acredite un daño cierto.

Nuestra propuesta de modificación toma sus ideas y busca fundamentalmente eliminar la contradicción lógica y axiológica que nos ha impulsado a realizar este trabajo. También reconocemos la influencia de la Comisión designada por decreto 468/92, de la de la Comisión Federal y de la Comisión designada por Decreto 685/95 y por supuesto del derecho francés.

Nuestra propuesta de modificación se basa en el sistema integral del Código y en los principios rectores de la responsabilidad civil: el alterum non laedere, la solidaridad y el ius aequum:

Art. 1078: ***“La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende además del daño patrimonial, la reparación del daño moral.***

***La acción por indemnización del daño moral compete al damnificado directo y en caso de discapacidad o muerte de la víctima, a todo damnificado indirecto que acredite el perjuicio sufrido a criterio del juez.”***

Pensamos que esta redacción contempla todas las hipótesis planteadas e incluye también el daño moral de las personas sin discernimiento que no escapa a la restricción del art. 1078 actual del CC.

Temor a la catarata de reclamos?. Ese temor no existe en el ámbito del art. 1079 y responde a los prejuicios arraigados en torno al Instituto de base racionalista y por otra parte el magistrado cuenta con la facultad morigeradora

del art. 1069, 2º párrafo y con la potestad de frenar los excesos que le otorga el art. 1071 del CC.

Y mientras tanto?. Los fallos que hemos analizado nos demuestran que el juez según el principio *iura novit curia* debe aplicar la norma correcta para decidir la litis, y de enfrentarse ante una norma inconstitucional, así habrá de declararla, aunque las partes no lo hayan petitionado, para aplicar la Constitución Nacional por sobre la norma inferior inconstitucional.

Y la jurisprudencia actual ha roto la valla del art. 1078, por lo tanto y aunque sea reiterativo es el juez el que decide el daño resarcible y en el mientras tanto no haya reforma legislativa...

Es Justicia.

#### Bibliografía:

Bueres, Alberto J. "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta" en Derecho de Daños, homenaje al doctor Jorge Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 1989.

El Dial AA38A1

DJ, 2008, II, 1155

Guersi, Carlos A. *Responsabilidad Civil / 9*, director Jorge Mosset Iturraspe, coordinadora Aída Kemelmajer de Carlucci, Buenos Aires, Hammurabi, 1992.

Gregorini Clusellas, Eduardo L. "El daño moral en la negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento", La Ley, 1995, C, 405

La Ley, 1994, B, 484

La Ley, 1994, C, 546

La Ley, 1995, 405

La Ley, 1996, C, 438

La Ley, 2008, B, 334

La Ley, 2008, C, 553

LLBA, 1996, 1140

LLBA, 2005, 1049

LLBA, 2007, 869

Mazeaud, Henri y León, Tunc André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Tomo Segundo, Volumen II*, 5<sup>o</sup>ed, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – América, 1961.

## **BIBLIOGRAFÍA GENERAL:**

Acuña Anzorena, A. *Estudios sobre responsabilidad civil*. La Plata, Platense, 1963.

Alexy, Robert, *Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional*. Derecho y razón, Distribuciones Fontamara, México, 1993.

Barbado, Patricia Bibiana, "Daño Moral". Actualización de Jurisprudencia (Justicia Nacional), Daño Moral, 6, Revista de Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni Editores, 1999.

Bidart Campos, Germán J. "Reflexiones constitucionales sobre el acceso a la justicia, el proceso y la legitimación", en Gozaini Osvaldo A, *La Legitimación en el proceso civil*, Ediar, Buenos Aires, 1996.

Bueres, Alberto J. "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en *Derecho de Daños, homenaje al doctor Jorge Mosset Iturraspe*, La Rocca, Buenos Aires, 1989.

Bueres, Alberto J. "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general". *Daños a la persona*. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1994.

Bueres, Alberto J. *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, 3 A, dirección Alberto J. Bueres, coordinación Elena Highton*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

Bueres, Alberto J. *Fallo Plenario de la Cámara Nacional Civil*, La Ley, 1995, C, 642.

Brebbia, Roberto. *El daño moral – Doctrina – Legislación – Jurisprudencia – Precedido de una Teoría Jurídica del daño*. 1º ed. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1950.

CSJN, 4 - 10-94, J.A. 1995 – II – 19.

CSJN, 10-11-92, J.A. 1994 – I- 159.

CSJN, 24-9-96, J.A. 1997 – III, 142

Conclusiones de la Comisión N° 2 de las XXI Jornadas de Derecho Civil, septiembre de 2007, Facultad de Derecho de Lomas de Zamora.

ED, Diario de Jurisprudencia y Doctrina, 2-10-98.

Daray, Hernán. *Daño psicológico. Caracterización. Diferencia con el agravio moral. Reclamación. Fijación. Monto indemnizatorio. Prueba. Técnicas de evaluación. Jurisprudencia sistematizada.*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, 1995.

De Lorenzo Miguel F. *El daño injusto en la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

DJ, 2008,II, 1155.

DJ, 2008- II, 947

ED, 166,111

El Díal, AA 38 A1

Gandolla, Julia Elena. “Daño Moral por muerte del concubino”. Revista Derecho de Daños, 6, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1999.

García López, Rafael. *Responsabilidad civil por daño moral*, Bosch, Barcelona, 1990.

Guersi, Carlos, Weingarten, Celia. *Tratado de Daños Reparables – Tomo I – Parte General*. 1º ed., Buenos Aires, la Ley, 2008.

Guersi, Carlos A. *Responsabilidad Civil / 9*, director Jorge Mosset Iturraspe, coordinadora Aída Kemelmajer de Carlucci, Buenos Aires, Hammurabi, 1992.

Gregorini Clusellas, Eduardo L. “Daño Moral – Daños y Perjuicios – Filiación – Legitimación”, La Ley, 1995, C, 405.

Iribarne Héctor Pedro, "De los Daños a las Personas". 1º reimpresión corregida, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1995

Iribarne, Héctor Pedro. “La Cuantificación del Daño Moral”. Revista de Derecho de Daños Nº 6, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1999.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. “El daño a la persona. Sirve al Derecho Argentino la Creación Pretoriana de la Jurisprudencia Italiana?. Daños a la persona. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1994.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. “Legitimación activa para reclamar daño moral en caso de muerte de la víctima”, ED, 140 – 893.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Código Civil - Comentado, Anotado y Concordado Tomo 5*. Buenos Aires, Astrea, 1990.

La Ley, 2007, E, 345.

La Ley, 2008, C, 553.

LLBA, 2007,869.

LLBA, 2005,68.

La Ley, 1998, A, 405.

La ley, 1996, C, 438.

La Ley, 1994, C, 546.

La Ley, 1994, B, 484

La Ley, 1994, C, 546

La Ley, 1995, 405

La Ley, 1996, C, 438

La Ley, 2008, B, 334

La Ley, 2008, C, 553

LLBA, 2007 (setiembre), 869.

LLBA, 1996, 1140

LLBA, 2005, 1049

LLBA, 2007, 869

LLambías, Jorge A. *Tratado de Derecho Civil, Tomo I*, Buenos Aires, Perrot, 1973.

Mayo, Jorge. "Sobre la legitimación activa para reclamar daño moral", RCyS, 2005-41-51.

Mazeaud, Henri y León, Tunc, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Tomo Segundo, Volumen II*, 5<sup>o</sup> ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa - América, 1961.

Moisset de Espanés, Luis. "El Daño Moral en los Proyectos de Reforma del Código Civil" en *Daño Moral*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba, Colección Estudios de Derecho Civil, Director: Dr. Luis Moisset de Espanés, Coordinador: Guillermo P. Pinti, Córdoba, Alveroni Ediciones, 1994.

Mosset Iturraspe. *Responsabilidad por Daños – Tomo V – El Daño Moral*. 1º ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1999.

Mosset Iturraspe, Jorge. "Cuantía del resarcimiento por Daño Moral", *Daño Moral*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba, Colección Estudios de Derecho Civil, 1994, 31 – 48.

Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. 5º ed, Barcelona, Editorial Ariel, 1994.

Orgaz, Alfredo. *El Daño Resarcible (Actos Ilícitos)*. 3º ed. Actualizada. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1967.

Orgaz, Alfredo. *El daño Resarcible*, Córdoba, Marcos Lerner, Editora Córdoba, 1980.

Petit, Eugenio. *Tratado Elemental de Derecho Romano – Segunda Parte*. 3º ed., Buenos Aires, Valerio Abeledo, Editor Librería Jurídica, 1910.

Pizarro, Ramón Daniel. *Daño moral – Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires, Hammurabi, reimpresión, febrero de 2000.

Pizarro, Ramón Daniel. "La cuantificación de la indemnización del daño moral en el Código Civil, *Revista de Derecho de Daños*, (2001 – 1), Rubinzal Culzoni Editores, 337 – 348.

Pizarro, Ramón. "La Corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación", *La Ley*, 2004- F, 90.

*Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado en el Código de Comercio, Nota de Elevación, Fundamentos, Legislación Complementaria,*

*Redactado por la Comisión designada por Decreto 685/95, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999.*

Ritto, Graciela. "La legitimación activa para reclamar daño moral". La Ley Buenos Aires, N° 9, Octubre de 2005 – 1049 a 1054.

Ritto, Graciela. "Declaración de inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil y legitimación activa de la concubina para el daño moral", La ley, 2008, C, 553.

Ritto, Graciela. "La equidad y el rol de los jueces dinamizando el Derecho de Daños. "Un fallo ejemplificador que consagra la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC", LLBA, 2007 (setiembre), 869.

Ritto, Graciela. "Acerca del daño moral de las personas sin discernimiento. La trascendencia del rol de los jueces en el derecho de daños", DJ, 2008, II, 947.

Ritto, Graciela. "La cuantificación del daño moral. Un abordaje novedoso y ejemplificador", La Ley, 2008, B, 334.

Ritto, Graciela. "Acerca de la legitimación activa para reclamar daño moral de los hermanos como damnificados indirectos", La Ley, 12 de septiembre de 2008.

Silva, Wilson Melo da, O dano moral e sua reparacao, 3° ed, Forense, Río de Janeiro, 1983.

Stiglitz Gabriel A. - Gandolfo de Stiglitz, Ana, "Resarcimiento del daño moral, Civil, Comercial y Laboral", Selección de Jurisprudencia. Editorial Juris, Rosario, Prov de Santa Fe, marzo de 1999.

Stiglitz, Gabriel. "El derecho de daños en su cabal función". La Ley, 1992-B, 171-177.

*Unificación de la Legislación Civil y Comercial, Proyecto de 1993*, Buenos Aires, Victor P. de Zavalía S.A., 1994.

[www.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp](http://www.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp)

Zannoni, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Astrea, 1ra reimpresión, 1993.

Zannoni, Eduardo. "La responsabilidad por el no reconocimiento espontáneo del hijo", La Ley, 1990, A, 1.

Zavala de González, Matilde. "Cuanto por daño moral", La Ley, 1998 – E, 1057.

Zavala de González, *Resarcimiento de Daños, t 2 a*, 2ª ed, Buenos Aires, Hammurabi, 1993.

Zavala de González, Matilde. *Resarcimiento de Daños, vol 2 a. y 2 b.* 2º reimpresión, Buenos Aires, Hammurabi, 1993.

Zavala de González, Matilde. "Daño existencial por muerte de un concubino", La Ley, 2005, 275.